Welche Wirkungen

hat bei der

locatio conductio operis

der

vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenden?

INAUGURAL-DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

zur

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

vorgelegt von

GEORG SCHMOLL

Referendar.

aus Mülhausen.

STRASSBURG

Universitäts-Buchdruckerei von J. H. Ed. Heitz

(Heitz & Mündel)

1889.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Strassburg.

Referent: **Prof. Dr. O. Lenel.**

MEINEM SELIGEN VATER,
MEINER MUTTER
in Dankbarkeit gewidmet.

INHALT.

Einleitung.

§. Verträge auf Sachleistungen und Verträge auf Dienstleistungen. — Die Gefahrtragung bei Kauf und Miethe. — Locatio conductio rei, operarum, operis. — Begriff der loc. cond. operis — Sache und Werk. — Periculum rei und periculum operis. — Locatio conductio operis regularis und sog. irregularis.

ERSTER ABSCHNITT.

Welchen Einfluss hat der vor der Billigung erfolgte zufällige Unteugang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenten, *wenn conductor das periculum rei nicht trägt* (gewöhnliche locatio conductio operis)?

Kapitel I.

Auf die Verpflichtung des *locator* dén Lohn zu bezahlen.

§ 2. 1. Die Quellen.
§ 3. 2. Die wichtigsten in der Literatur geäusserten Ansichten.
3. Beantwortung der Frage.
§ 4. A. Nach der Billigung.
Was ist die Billigung?
B. Die Billigung ist noch nicht erfolgt.
§ 5. a Locator ist im Billigungsverzug.
§ 6 b. Das Werk ist vertragentsprechend vollendet.

§ 7. c. Das Werk ist nicht vollendet.
Opus in pedes mensurasve locatum.
Opus aversione locatum.
Princip. — Ausnahmen.

§ 8. Anmerkung: Pflicht des locator die verwendeten Nebenmaterialien zu ersetzen.

Kapitel II.

Auf die Verpflichtung des *conductor* das Werk herzustellen.

§ 9. 1. Die Quellen.

§ 10. 2. Die Ansichten.

§ 11. 3. Stellungnahme.
a. Das Werk ist vollendet.
b. Es ist nicht vollendet.
α. Der Wiederbeginn ist unmöglich.
β. Der Wiederbeginn ist möglich.

§ 12. Anhang: Der Beweis.

ZWEITER ABSCHNITT.

Wenn *conductor* das *periculum rei* trägt?

§ 13. Inhalt und Umfang der Frage.
Locatio conductio irregularis. Streitfrage über die Tragung der Gefahr.

§ 14. 1. Die Quellen.

§ 15. 2. Die Ansichten.

§ 16. 3. Stellungnahme.

§ 17. Schluss: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. § 576 ff.

EINLEITUNG.

§ 1.

Eine Sache kann in einem Kontraktsverhältnisse entweder direkt Objekt des Vertrages sein, oder sie kann so in Betracht kommen, dass der Gebrauch derselben gewährt oder an derselben Dienste geleistet oder durch die Dienste an derselben ein Erfolg hergestellt werden soll. In beiden Fällen lässt sich gleichmässig die Frage aufwerfen: welche Wirkung hat der Untergang der Sache auf die Verpflichtungen der Kontrahenten? Der Untergang der Sache ist beidemal eine Gefahr: wer hat diese Gefahr zu tragen? Diese Frage hat einen doppelten Sinn: sie umfasst zwei andere:

1. Wem geht die Sache unser, wessen Vermögen wird durch ihren Untergang unmittelbar verringert?

2. Wie wirkt der Untergang auf die Verpflichtungen aus diesem bestimmten Vertrag?

ad 1. Früher antwortete man auf diese Frage ganz allgemein: «casum sentit dominus.» So allgemein ist die Regel falsch; sie ist falsch beim Kaufvertrag: der Käufer, der ja noch nicht Eigenthümer ist, trägt die Gefahr. Die Regel ist aber richtig, wenn eine bei einem Ver-

trag auf Dienstleistungen in Betracht kommende Sache untergeht: wenn ich Jemandem mein Haus vermiethe, so ist mein Haus nicht einzig und allein für diesen Vertrag da; der Miether hat mit meinem Haus nichts anderes zu thun, als es innerhalb des Vertrages zu benützen; geht es unter, so ist der Schade für mich allein, ebensogut wie wenn ich mein Haus gar nicht vermiethet hätte: es ist eine Gefahr, die ich auch ausserhalb dieses Vertrages trage.[1]

ad 2. Wie wirkt aber der Untergang der Sache speciell in diesem Vertragsverhältniss auf die Verpflichtungen dieser Kontrahenten? Es drängen sich hier zwei Fragen auf:

a) Welche Wirkung hat dieser Untergang auf die Verpflichtung desjenigen, der, sei es die Sache, sei es die Dienste zu leisten hat, des Schuldners? Ist er seiner Leistungspflicht entbunden, oder ist er immer noch leistungs- bezw. schadenersatzpflichtig?

b) Welche Wirkung hat der Untergang auf die Verpflichtung dessen, dem die Leistung, sei es die Sache, sei es die Dienste, erbracht werden soll, des Gläubigers? Ist er von seiner Gegenleistung befreit, oder ist er immer noch, und trotzdem dass er vielleicht die Leistung nicht erhält, doch seinerseits gegenleistungspflichtig?

Wer trägt also in diesem Sinne die Gefahr? Die Gefahr dieses Vertrages? Die Römer machen hier einen Unterschied zwischen Kauf und Miethe: zwar haben

---

[1] Vgl. Brinz, II, p. 317 Note 7.

weder der Verkäufer noch der Vermiether bei zufälliger Unmöglichkeit ihrer Leistung Schadenersatz zu leisten, aber der Käufer hat, trotzdem dass er die Sache nicht bekommt, den Preis zu bezahlen (§ 3 I. de empt. 3. 23). — Der Miether dagegen braucht den Miethzins nicht zu bezahlen (fr. 9 § 1. 4. loc. cond. 19. 2). Wie dieser Gegensatz zu erklären, wo das Princip und wo die Ausnahme zu erblicken sei, darüber besteht bekanntlich besonders seit Wächters berühmtem Aufsatz im Bd. 15 des Archivs für civilistische Praxis eine noch nicht erledigte Kontroverse: Die Einen sehen das Princip in der Entscheidung, die die Römer für den Kauf geben: der Gläubiger trage überall die Gefahr; beim obligatorischen Vertrag seien die beiderseitigen Verpflichtungen gegenseitig unabhängig; auch das ist eine häufig angewandte Formel: «unverschuldetes Unmöglichwerden der Leistung sei fingirte Erfüllung.» Jene Entscheidung für die Sachmiethe sei nur eine Ausnahme. — Die Gegner sehen das Princip gerade in dieser Entscheidung, die Ausnahme beim Kauf: denn wer selbst nicht erfüllen könne, könne auch die Gegenleistung vom Mitkontrahenten nicht verlangen; die Ausnahme wird von diesen auf die verschiedensten Arten erklärt.

Sehen wir aber von dieser Kontroverse, sehen wir auch von den vielen Streitfragen ab, die sich an die Gefahrtragung beim Kaufvertrag knüpfen, und richten wir unser Augenmerk speciell auf die locatio conductio: wir treten in ein an Kontroversen reiches Gebiet. Man ist keineswegs darüber einig, wer bei der Miethe in ihren verschiedenen Erscheinungsformen die

Gefahr im eben bezeichneten Sinne zu tragen habe. Die Römer unterscheiden bekanntlich: locatio conductio *rei, operarum, operis.*

1. *rei.* — Das vermiethete Haus stürzt ein oder brennt ab. Den Werth des Hauses verliert der Vermiether; dieser Verlust geht den Miether gar nichts an. Der Vermiether ist weder verpflichtet, das abgebrannte Haus wieder herzustellen, noch dem Miether sein Interesse zu leisten, aber andererseits hat er keinen Anspruch auf Miethgeld. Ereignet sich der Unfall erst, nachdem der Miether schon das Haus einige Zeit bewohnt hatte, so hat der Vermiether Anspruch auf einen solchen Theil des Zinses, der jener Zeitperiode entspricht. Diese Sätze sind in den Quellen klar ausgesprochen (fr. 9. § 3. 4, 19 § 6, 33 h. t).

2. *operarum.* — Gegenstand des Vertrages sind die Dienste einer Person. Gewöhnlich kommt hier eine Sache gar nicht in Betracht: indess ist es möglich z. B. ich miethe Jemanden speciell zum Hüter meines Waldes: der Wald geht unter; ich allein trage natürlich den Verlust. Wie aber mit den Diensten? Hier beginnt schon die Streitfrage. Die eine Ansicht wendet die bei der Sachmiethe geltenden Grundsätze entsprechend an: der Vermiether habe nur so weit Anspruch auf Lohn, als er seine Dienste geleistet habe oder zu leisten bereit gewesen sei (denn Nichtabnahme der Dienste durch den Miether befreie diesen nicht; fr. 19 § 9, 38 h. t). Eine andere Ansicht aber, z. B. Fuchs,[1] stellt als allge-

[1] Im Arch. f. civ. Praxis, Bd. 34.

meines Princip auf: «unverschuldetes Unmöglichwerden sei fingirte Erfüllung», [1] und in Anwendung dieses Princips auf die Dienstmiethe gewährt sie dem Vermiether Anspruch auf den vollen Lohn: der Miether trage die Gefahr. [2] [3]

3. *operis.* — Hier hat die Frage nach dem Einfluss des Untergangs der Sache auf die Verpflichtungen der Kontrahenten eine besondere Bedeutung und auch einen besondern Sinn. Der Locator — Werkverdinger, Besteller — giebt dem conductor — Unternehmer, Uebernehmer — eine Sache, damit dieser an derselben einen gewissen Erfolg bewirke, ein Werk herstelle. [4] Die Sache selbst steht nun auf Gefahr des locator: er trägt das periculum rei; wie aber wenn mit der Sache dieses an derselben hergestellte Opus, oder wenn das Opus ganz allein ohne die Sache untergeht? Wer trägt diese Gefahr? Welche Wirkung hat dieser Untergang auf die Verpflichtungen der Kontrahenten? Diese Frage ist besonders streitig: weil man über den Begriff der

---

[1] a. a. O., p. 112.

[2] a. a. O., p. 402.

[3] Cfr. Mühlenbruch § 365 bei Nr. 7.

[4] Das ist bei weitem nicht der einzige Fall der locatio conductio operis, sie umfasst so viele andere, dass sie Dankwardt (Jahrb. f. Dogm. XIII) zu einem förmlichen System zusammengestellt hat: jener Arbeitserfolg braucht nicht ein materieller, an einer Sache hervorgebrachter zu sein, und auch wenn er materiell ist, ist er nicht immer ein «sachartiges Ding», welches untergehen kann, sondern er kann auch z. B. ein Transport sein. Aber wir wollen vorläufig nur den Fall im Auge behalten, wo ein konkretes, fassbares Opus hergestellt werden soll, ein «sachartiges Ding« (Brinz, Bd. II, p. 313, 766).

l. c. operis, ihre Definition und Abgrenzung gegen andere Verträge keineswegs einig ist. Was ist das Objekt der l. c. operis? Verspricht der conductor Dienste wie der locator operarum, etwa «Dienste zur Ausführung eines zusammenhängenden Ganzen»[1] «oder ein bestimmtes, nämlich das zur Herstellung eines Opus erforderliche Arbeitsquantum»[2] oder «Arbeiten und Dienste nach einem gewissen Endergebniss gemessen»[3] oder Arbeit «nur so, dass der Gläubiger sich nicht theilweise Erfüllung gefallen zu lassen braucht»[4] — ist also die l. c. operis eine «durch Nebenvertrag modificirte locatio operarum»[5] oder verspricht er «einen ökonomischen Effect», ein opus,[6] ist sie also ein Vertrag mit anderem Objekt als die locatio operarum? Letzteres wird entschieden von Dankwardt zurückgewiesen: der in einem solchen Fall, wo conductor bloss einen Erfolg, ein praestare verspricht, von «Entreprise» redet in angeblich scharfem Gegensatz zur l. c. operis, wo der Arbeitende nur facere, Arbeit verspricht. Indess dieser neue Gegensatz wird von allen andern Schriftstellern mit Recht als in den Quellen unbegründet abgelehnt: in allen Fällen, nicht bloss bei dieser Entreprise, verspricht conductor einen gewissen Arbeitserfolg: einerlei wie er ihn herstellen will. So sagt auch Paulus: in fr. 5

---

1 Glück, XVII, p. 431.

2 Dankwardt, a. a. O., p. 304, 356.

3 Brinz, II, p. 752.

4 Windscheid in Heidelberger kritische Zeitschr. II, p. 141.

5 Dankwardt, p. 303.

6 Dernburg, Bd. II, p. 297.

de V. S (50. 16): opere locato conducto: his verbis Labeo significare aït id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum. — Und wenn derselbe Paulus fr. 22 § 2 h. t. sagt: locat enim artifex operam suam i. e. faciendi necessitatem, so soll das bloss heissen, wie Dernburg richtig bemerkt, dass auch Arbeit erforderlich sei: er verspricht eben einen Arbeitserfolg, ein Arbeitsresultat.

Der locator operarum ist bloss ein Werkzeug des conductor zur Vollführung der im Dienstvertrag bestimmten Verrichtungen, er arbeitet arbitrio domini; der conductor operis arbeitet suo arbitrio, er hat die «alleinige Direktion» der Arbeit, er hat nur das ἀποτέλεσμα, das opus effectum zu leisten. Die Art aber, wie der Lohn bemessen wird, ist unerheblich: es giebt eine l. c. operarum mit Stücklohn, Lohn à la pièce[1] und eine l. c. operis mit Bestimmung des Lohnes z. B. in singulos dies cfr. fr. 51. § 1. h. t. Das Criterium der l. c. operis ist vielmehr: si ita opus locasti, ut bonitas ejus tibi a conductore adprobaretur: der conductor haftet für den Erfolg.

Das ist die Werkverdingung im Gegensatz zur Dienstmiethe: eine scheinbar schwankende Grenze. Weniger schwankend, aber auch nicht unumstritten ist ihr Gegensatz zum Kauf einer anzufertigenden Sache: mag das dem conductor gehörige Material dazu generisch oder specifisch bestimmt sein. Damit man von l. c. operis reden kann, ist erforderlich, dass die zu bear-

---

1 Vgl. Dankwardt, p. 305. Mommsen, Beitr. I, p. 185 Note 34.

beitende Sache nicht im Eigenthum des Arbeiters stehe: sonst ist es ein Kauf, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret, aliter adque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur fr. 20. de C. E. (18. 1). Das ist also nur erforderlich für die Hauptsache; für Zuthaten, sogar für die Baumaterialien zum Bauen auf dem Terrain des Verdingenden ist es nicht erforderlich.[1] Es ist aber andererseits zur Werkverdingung nicht absolut nothwendig, dass gerade die hingegebenen Sachen bearbeitet werden, sondern es kommt auch vor, dass eine Quantität von Fungibilien zum Verarbeiten gegeben wird, ohne dass es dem Geber darauf ankommt, dass gerade diese, sondern bloss dass tantundem ejusdem qualitatis bearbeitet werde. Diese Fälle hat man ziemlich unpassend: locatio conductio operis irregularis genannt.

Das ist in grossen Zügen die locatis conductis operis und die Abgrenzung ihres Gebiets. Der conductor operis ist verpflichtet, das Werk vertragsmässig herzustellen — derlocator operis, den Lohn zu bezahlen, eventuell auch die verwendeten Nebenmaterialien dem conductor zu ersetzen.

Aehnlich nun wie der Käufer die ihm gelieferte Waare «empfängt», d. h. seine Zufriedenheit damit

---

[1] Dankwardt a. a. O., p. 345, Nr. 2 verwirft diese Unterscheidung und meint, es sei zur Werkverdingung bloss erforderlich «Anweisung einer Sache zum Bearbeiten»; sogleich darauf giebt er aber zu, dass, wenn die zu bearbeitende Sache dem conductor gehört, der Vertrag null sei wegen mangelnden Consenses: also ist ja doch wieder erforderlich, dass conductor nicht Eigenthümer sei.

erklärt, so hat auch hier der Besteller, wenn ihm das Werk geliefert wird, sich auszusprechen, ob er es als Erfüllung annehme: diesen Moment nennt man gewöhnlich die Billigung. Und nunmehr können wir der Frage, die wir an uns gerichtet haben, näher treten: welche Wirkung auf die Verpflichtungen der Kontrahenten hat es, wenn das Werk zufällig und vor der Billigung untergeht: also wer trägt im oben bezeichneten Sinn die Gefahr? Es ist wohl festzuhalten — wir wiederholen es —, dass es sich hier nicht um das periculum rei handelt, sondern um das periculum operis, um die «durch die Arbeit selbst heraufbeschworene Gefahr, Gefahr der unentgeltlichen Arbeit einerseits — der unfruchtbaren Geldleistung andererseits» (Brinz II, p. 767).

Muss also, wenn das Werk zufällig untergeht,

1. der Unternehmer die Arbeit von neuem anfangen, bezw. wenn das nicht möglich ist, dem Besteller Schadenersatz leisten?

2. Muss der Besteller für das untergegangene Werk Lohn bezahlen?

Diese Fragen bieten natürlich Schwierigkeiten nur, wenn der Untergang vor jenem gewissen Zeitpunkt erfolgt, wo der Besteller das Werk übernimmt. Jetzt trägt er nicht bloss die Gefahr des Untergangs der Sache, die er auch vorher trug, sondern auch die Gefahr des Untergangs des Werkes.

Möglich ist aber auch, dass in Ausnahmsfällen der conductor die Gefahr der zu bearbeitenden Sache trägt: namentlich wenn er sie übernommen hat, das wird aber besonders geschehen in jenen Fällen der sog. l.

c. irregularis. Hat hier der Untergang des Werkes eine andere Wirkung auf die Verpflichtungen als in jenen normalen Fällen? Auch das ist zu prüfen.

Wir wollen also zunächst in einem ersten Theil für die gewöhnlichen Fälle, wo der *conductor* das *periculum rei* nicht trägt, jene beiden Fragen zu beantworten suchen: wie der Untergang des Werks auf die Verpflichtungen des conductor und des locator einwirke — und wollen dann in einem zweiten Theil einen Blick werfen auf jene unregelmässigen Fälle, wo *conductor* das *periculum rei* trägt, und auch hier jene Frage untersuchen.

Es wäre nun logisch richtiger, innerhalb des ersten Haupttheiles zuerst die Frage zu prüfen, welche Wirkung der Untergang des Werks auf die Verpflichtung des *conductor* habe, das Werk herzustellen. Allein aus Zweckmässigkeitsgründen, weil nämlich nicht feststeht, ob gewisse Quellenstellen von dieser Frage reden, und wir uns zu sehr wiederholen müssten, sei es uns gestattet, zuerst der Frage nach der Wirkung jenes Untergangs auf die Verpflichtung des locator näher zu treten.

ERSTER ABSCHNITT.

Welche Wirkung hat der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Kontrahenten im gewöhnlichen Fall, *wo conductor das periculum rei nicht trägt?*

Capitel I.

Auf die Verpflichtung des locator, den Lohn zu bezahlen.

§ 2.

1. Die Quellen.

Es gehören hierher ff. berühmte Stellen:

fr. 36. h. t. Florentinus Lib. VII. Instit. Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

fr. 37. h. t. Javolenus Lib. VIII. ex Cassio. Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consump-

tum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

fr. 62. h. t. Labeo Lib. I. pithanorum si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio id accidit, tuum erit detrimentum.

fr. 33. h. t. Africanus Lib. VIII. quaestionum . . . Quemadmodum si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nitrilominus teneberis.

fr. 59. h. t. Javolenus Lib. V. Labeonis poster. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

Ausserdem zwei Stellen, die von Transporten handeln:

fr. 15. § 6. h. t. Ulp. Lib. XXXII. ad Edictum Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, reperetur, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.

fr. 10. pr. de l. Rhod. (14. 2). Labeo Lib. I. pithanon a Paulo epitomatorum. Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: imno quaeritur, quid actum est: utrum pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc ap-

parere non poterit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.

Werfen wir auch nur einen flüchtigen Blick auf diese Gruppe von Gesetzen, so erscheint sie uns voll von Widersprüchen. Fr. 36 sagt am Anfang conductoris, am Ende bei vis major locatoris est periculum — fr. 37 bei vis aliqua; fr. 62 locatoris est periculum, si soli vitio id accidit — fr. 59 bei vis naturalis — fr. 33 scheint dürr zu sagen: der locator trage die Gefahr — fr. 15 § 6 der conductor — fr. 10 pr. cit: am Anfang der conductor, aber billigt Paulus diese Regel oder nicht?

Die Frage, wo nun in all diesen Entscheidungen das Princip und wo vielleicht eine Ausnahme zu finden sei, ist schwierig. Kein Wunder, dass darüber die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden sind. Wir wollen nun versuchen, dieselben zusammenzustellen, um sie zu prüfen und aus dieser Prüfung uns eine Stellung zu gewinnen.

§ 3.

2. Die Ansichten.

Wir glauben aus denselben 4 Gruppen bilden zu dürfen:

Erste Gruppe.

Diese Gruppe von Schriftstellern sagt: Der conductor trägt die Gefahr bis zur Billigung des Werks. Der locator hat also den bedungenen Lohn nur dann

zu bezahlen, wenn das Werk untergeht, nachdem er es gebilligt hat. Diese Ansicht findet also das Princip im Satze Labeos in fr. 62 init. antequam eum (rivum) probares, tuum (i. e. conductoris) periculum est, und im Ausspruch Javolens in fr. 36 init: opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est. Dies einfache Princip genügt aber nicht, um all den citirten Quellenstellen gerecht zu werden. Zunächst heisst es in fr. 36: nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur: auf Grund dieser Worte lassen wohl alle Vertreter dieser Ansicht die Gefahr auch schon vor Abnahme oder Billigung übergehen, wenn es an dem locator lag, dass dieselbe nicht erfolgte: wenn er also im Billigungs- oder Abnahmeverzug ist. Das ist das Princip. Da aber das Princip jene Stellen immer noch nicht sämmtlich erklärt (es heisst ja bei vis major, vis naturalis, vis aliqua, bei soli vituum trage der locator die Gefahr), werden von den meisten Vertretern dieser Ansicht verschiedene Ausnahmen von jenem Princip gemacht; deshalb macht z. B. (wir geben nur einige Beispiele)

a) Thibaut[1] eine Ausnahme für «äussere Zufälle»; Weiske[2] für «nicht vorherzusehende, ohne Verschulden des locator eingetretene Unfälle»; Kritz[3] für einen solchen Zufall, der auch «dann nicht wäre abgewendet

---

[1] System des Pandectenrechts, § 445 bei Note t.

[2] Im Rechtslexikon, VII, p. 820.

[3] Pandectenrecht, Th. I, Bd. 2, p. 297 Nr. 7a.

geblieben, wenn der Werkherr das Werk früher übernommen hätte».

b) Eine grössere Zahl von Juristen macht eine Ausnahme für Untergang des Werks durch vis major: sie legen Gewicht auf diesen Ausdruck in fr. 36 cit. und verstehen ihn von einer vis major im technischen Sinn.[1] Häufig wird auch

c) eine Ausnahme zugelassen: wenn der Untergang des Werks infolge des vom Besteller gelieferten Materials erfolgte. Die einen bringen diesen Fall unter die Kategorie der vis major (Dankw.), die anderen machen daraus eine besondere Ausnahme (z. B. Dernburg).

In diesen Ausnahmefällen gewährt die Ansicht dem conductor Anspruch auf Lohn, wenn das Werk vor der Billigung unterging: auf den vollen, wenn es vollendet war; wenn es nicht vollendet war, auf einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes: natürlich nicht ohne Verschiedenheiten in der Begründung: So meint z. B. Dankwardt, eigentlich habe der conductor nach Analogie der l. c. operarum (vgl. oben Einleitung) Anspruch auf den vollen Lohn, und das hätten die Römer in fr. 33 cit. auch anerkannt, aus Billigkeitsrücksichten auf locator aber hätten sie entschieden, dass in einem solchen Fall der Kontrakt aufgelöst sei, und conductor sich mit der abverdienten merces begnügen müsse.[2] Dernburg erklärt die Ausnahme

[1] Z. B. Dankwardt, a. a. O., p. 351, Dernburg, II, § 113 und viele andere, vgl. auch z. B. Pothier, Louage d'ouvrage, chap. III.

[2] p. 353, 354.

einfach aus Billigkeitsrücksichten auf den conductor.[1]

Diese Ansicht giebt also ein Princip mit sehr weit eingreifenden Ausnahmen. Ungefähr zu demselben Resultat gelangt die

Zweite Gruppe

von Ansichten. Die weitreichenden Ausnahmen erklärt sie nicht oder wenigstens zum Theil nicht als Ausnahmen von einem Princip, sondern sie entscheidet die Frage nach verschiedenen Gesichtspunkten. So unterscheidet Glück[2]

1. «Die Schuld des Untergangs lag an der Arbeit.» fr. 62: der Schade ist für den conductor.

2. «Die Schuld lag an der Sache.» Glück findet in fr. 13 § 5, 33, 62, 59 h. t. (wo er terrae motus mit Voet[3] als soli vetium fasst) das Princip, dass der locator hier den «Schaden zu tragen» habe.

3. «Die Schuld lag an keinem von beiden.» Hier unterscheidet allerdings Glück, was keiner der bisher citirten thut, ob das Werk schon so weit fertig war, dass es als untadelhaft hätte angenommen werden können, oder ob es noch nicht so weit war. Insofern

---

[1] Vgl. auch Pothier l. c.: «La raison est que le contrat de «louage d'ouvrage étant un contrat commutatif de la classe do «ut facias, dans lequel le conducteur donne au locateur son tra«vail pour la somme d'argent convenue pour le prix: il est juste «que, quoiqu'il ait été empêché par une force majeure de para«chever son travail, il reçoive néanmoins une partie du prix à «proportion de la partie de ce travail qu'il a faite pour le locateur.»

[2] Commentar XVII, p. 341 ff.

[3] Commentar ad. 19. 2 D. sub 37.

gehört er nicht unter diese Gruppe: im ersten Fall legt er dem locator die Pflicht auf, den Lohn zu bezahlen (fr. 37), im zweiten dagegen nicht; aber auch er macht die Ausnahme für vis major (fr. 36). Nicht ohne Aehnlichkeit mit Glück lässt auch Bolze[1] verschiedene Gesichtspunkte entscheiden:

1. Der Zufall trifft (den locator oder) dessen zu bearbeitende Sache. Die Leistung des Werks ist unmöglich. Bolze gewährt in diesem Fall dem conductor auf Grund von fr. 10 pr. cit. Anspruch auf den vollen Lohn, der locator darf ihm aber abziehen, was conductor durch die Nichtherstellung oder Nichtvollendung des Werks erspart hat.

(2. Der Zufall trifft die Person oder das Werkzeug des Unternehmers. Dieser Fall geht uns nichts an.)

3. Er trifft bloss das Werk ohne den Stoff. Die Leistung des Werks ist nicht unmöglich. Hier hat principiell auch nach Bolze der locator nur dann zu bezahlen, wenn der Untergang nach der Billigung erfolgt oder im Fall der mora des Bestellers. Nur bei vis major oder wenn der Zufall von der zu bearbeitenden Sache des locator ausgeht (p. 105), schuldet er ausnahmsweise bei Untergang vor der Billigung den vollen oder theilweisen Lohn, je nachdem das Werk vollendet oder nicht vollendet war. Diese Sätze gewinnt Bolze aus fr. 36, 37, 59, 62.

Diese Ansichten, die wir als zweite Gruppe zusammengestellt haben, scheiden also durch ihre Di-

[1] Im Archiv f. civ. Praxis 57, p. 86 ff.

stinctionen gewisse Kategorien von Fällen aus, im übrigen stimmen sie in der Hauptsache mit der ersten Gruppe überein.

Die dritte Gruppe

von Ansichten steht auf einem anderen Standpunkt. Sie sagt: der locator hat den bedungenen Lohn zu bezahlen, wenn das Werk vertragsgemäss vollendet ist: bei Untergang vor der Vollendung hat er nichts zu bezahlen. Es entscheidet für den Gefahrübergang der Moment der Vollendung: Die Billigung ist nicht erforderlich, wenn nur das Werk so war, dass der Werkherr es hätte billigen müssen. Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Nichtvollendung fanden wir schon bei Glück a. a. O. Diese Ansicht nun wird vertreten von Puchta,[1] genau begründet von Mommsen,[2] und bis in ihre äussersten Konsequenzen durchgeführt, namentlich von Burchardi.[3]

Klar und präcis spricht sich Puchta aus:[4] ist das untergegangene Werk vollendet, so kann der Redemptor den Preis fordern, nur muss er beweisen, dass das Opus hätte übernommen werden müssen. Mommsen hält den Moment der Vollendung für entscheidend sowohl aus theoretischen Gründen als auch wegen der Quellenstellen. Das Opus, das ist ungefähr

---

[1] Vorles. § 367.

[2] Beiträge, I, p. 364 ff.

[3] Haftung des Schuldners für seine Gehülfen, p. 131 ff.

[4] a. a. O. sub. 2 c.

sein Gedankengang, ist eine einheitliche Leistung: sie kann nicht in einem Moment erfolgen, momentane Erfüllung ist aber möglich, sobald das Opus vollendet ist. Beim Kauf einer aus bestimmtem Material anzufertigenden Sache geht nun die Gefahr mit deren Vollendung über: denn die Entscheidung der Römer für den Kauf einer res futura[1], dass die Gefahr nicht erst mit der tradition der Sache, sondern mit der Entstehung übergehe, ist auf diesen Fall anzuwenden. Wenn aber die Sache einmal hergestellt ist, so ist kein Unterschied mehr zwischen der Leistung dessen, der eine Sache verkauft und bearbeitet hat, und dessen, der eine ihm hingegebene Sache bearbeitet hat. Es liegt also aus inneren Gründen nahe, auch bei der Werkverdingung die Gefahr mit der Vollendung übergehen zu lassen.

Den Satz, dass beim Kauf einer anzufertigenden Sache die Grundsätze über den Kauf einer res futura anzuwenden seien, und die ganze Analogie der Werkverdingung mit dem Kauf hat Mommsen später vor den Bemerkungen Windscheids fallen lassen.[2] Aber an seiner Interpretation der Quellen hat er doch im wesentlichen festgehalten. Fr. 36 cit. interpretirt er so: es heisst am Anfang der Stelle: conductoris est periculum, am Ende: si tamen vi majore opus, priusquam adprobaretur, interciderit, locatoris est periculum: diesen anscheinenden Widerspruch löst Mommsen nicht dadurch, dass er vis major im eminenten Sinn

---

[1] Fr. 8 pr. de C. E. 18, 1.

[2] a. a. O. III, p. 428.

nimmt, den der Ausdruck bei der Haftung ex recepto hat (denn dieser Gegensatz zwischen casus und vis major sei etwas durchaus exceptionelles und hier nicht klar bezeugt[1]), sondern er interpretirt den zweiten Theil der Stelle einschränkend: er handle von einem vollendeten Opus. Das schliesst Mommsen daraus, dass kurz vorher in der Stelle von Gefahrübergang bei mora des locator gesprochen wird, und mora ist ohne Vollendung des Opus undenkbar — die Ausnahme von dem periculum est conductoris, die für die mora gemacht wird, steckt dann allerdings in der zweiten für Vollendung des Werks, sie ist eben nur als ganz klar vorangestellt und besonders hervorgehoben — und die Schlussworte: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset, können nicht gegen diese Interpretation geltend gemacht werden, da es ein höchst ungenauer Entscheidungsgrund sei.[2] Das Werk müsse, damit conductor Anspruch auf Lohn habe, zur Zeit des Untergangs vollendet sein: das ergebe unzweifelhaft fr. 37 cit.: der locator trägt die Gefahr, si opus tale fuit, ut probari deberet: von probare könne nur nach Vollendung des Werks die Rede sein. Fr. 36 und 37 ergänzen sich gegenseitig. Bestätigt werde diese Auffassung durch den Satz Labeos am Anfang des fr. 62 cit.: es handle von einem vollendeten Werk: si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras u. s. w. Paulus macht aber

---

[1] p. 374 Nr. 10.

[2] I, p. 374.

zum Satz Labeos, dass conductor die Gefahr bis zur Billigung trage, eine Notiz: immo si soli vitio id, accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio tuum (i. e. conductoris) erit detrinentum. Mommsen bringt das mit dem vorhergehenden so in Einklang: Paulus meine unter dem soli vitium die schlechte Beschaffenheit des Bodens, und es sei regelmässig eine culpa des locator, dass er die Beschaffenheit seines Bodens nicht vor der Arbeit besser untersucht habe. Für den Fall des casus bleibe die Regel Labeos unangetastet: diese Regel sei aber durch fr. 37 zu beschränken. Mommsen selbst hat[1] gestanden, dass er in seiner Interpretation des fr. 62 zu weit gegangen sei: und er nimmt eine geschichtliche Entwickelung an: ursprünglich ging die Gefahr erst mit der Billigung über: Paulus machte eine Ausnahme bei Untergang durch soli vitium; man machte eine zweite Ausnahme für den Fall der mora; dann aber änderte sich das Princip: die Gefahr ging schon über mit der Vollendung. Bis hierher scheint die Ansicht Mommsens ganz befriedigend. Die Gefahr geht über mit der Vollendung; wenn das Werk nicht als ganzes, sondern in pedes mensurasve verdungen ist, sobald ein Theil fertig ist. Wie aber sind fr. 59 und 33 cit. zu erklären? Fr. 59: die Stelle scheint direkt der Theorie Mommsens zu widersprechen: Mommsen half, indem er supponirte: der Bau war so in Verding gegeben, dass eine theilweise Ablieferung erfolgen sollte; ein Theil, z. B.

---

1 III, p. 427.

ein Flügel, der hätte abgenommen werden sollen, war fertig (I p. 378). III p. 427 sagt er: wenn man diese Supposition nicht wolle, so müsse man einen Widerspruch zwischen Sabinus und Labeo in fr. 62 annehmen und letztere Stelle sei von Justinian gebilligt. — Fr. 33: quemadmodum si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilonimus teneberis. Von dieser Stelle sucht sich Mommsen[1] so zu befreien: Die Stelle beweise nichts, die Worte seien bloss eine beiläufige Bemerkung, das Beispiel passe gar nicht in die Stelle, und es sei nicht gesagt, worauf der locator hafte. Mommsen supponirt deshalb: entweder das Werk war beendigt — oder der locator hatte einen fehlerhaften Bauplatz angewiesen. — Wir haben uns erlaubt, über diese Mommsen'sche Interpretation in extenso zu referiren wegen ihrer Wichtigkeit für unsere Frage. Von seinem Standpunkt erklärt dann Mommsen fr. 15 §6 h. t. und fr. 10 pr. d. l. Rhod (14. 2) ganz einfach: der locator hat bloss dann zu bezahlen, wenn das Werk, also hier der Transport, vollendet war, vorher gar nichts. In fr. 10 pr. cit. nimmt er[2] an, dass Paulus den Satz Labeos nicht missbilligt und nur auf die Parteiabsicht verweist: seine endgültige Entscheidung bezeichne nur das in dubio gewollte. Mommsen stellt übrigens alle diese Sätze nur für den Fall auf, wo die zu machende Leistung untheilbar ist; ist sie theilbar, so kann conductor bei Untergang

---

[1] a. a. O. I, p. 379.

[2] Wie auch Heise und Cropp jurist. Abhandlungen, II, p. 634.

vor Vollendung für jeden vertragsentsprechenden Theil einen entsprechenden Theil des Lohnes verlangen. An Mommsen schliesst sich auch Brinz an:[1] die Gefahr geht nie über vor der Vollendung, principiell erst mit der Vollendung; und weiter:[2] «dass nicht selten der Approbationsakt schlechthin als Wendepunkt der Gefahr hingestellt wird (fr. 36, 62), hat seinen Grund darin, dass die Approbation der sicherste Beweis für die Probehaltigkeit ist und darum statt dieser steht.» Auf Grund des fr. 59 macht aber Brinz eine Ausnahme für Untergang durch vis naturalis. — Sehr ähnlich auch von Wyss:[3] «Uebergangsmoment ist der Zeitpunkt der Approbation, d. h. der Auslieferung des vollendeten Werks. Juristisch gilt er als Moment der Vollendung des Opus, dem Moment der Approbation steht der gleich, von dem an die Approbation mit Grund nicht mehr verweigert werden konnte.» Bis dahin trägt conductor die Gefahr, mit Ausnahme des Falles der vis major.

Vollständig den Standpunkt Mommsens vertritt auch Burchardi,[4] nur dass er die Analogie mit dem Kaufvertrag, die Mommsen nur bescheiden andeutet und später zweifelnd fallen lässt, bis zur äussersten Konsequenz durchführt. Er operirt nicht bloss mit dem Kauf einer specifisch bestimmten, sondern auch mit

---

[1] Pand. II, p. 767.
[2] a. a. O. Note 27.
[3] Haftung für fremde culpa, p. 97.
[4] a. a. O., p. 131 ff.

dem einer generisch bestimmten anzufertigenden Sache. Die Obligation des conductor, argumentirt er, ist auf ein Opus gerichtet, auf einen Werth, wie die des debitor generis: das Objekt seiner Verbindlichkeit ist bis zur Vollendung des Opus unbestimmt; mit der Vollendung wird sie auf ein bestimmtes Objekt konzentrirt; die Vollendung ist hier was die Ausscheidung bei der generischen Obligation. Die Gefahr geht über mit dem Moment, wo certa res geschuldet wird; bei opus in pedes mensurasve locatam also schon vor der Vollendung.

Die Quellen interpretirt Burchardi wie Mommsen. Nur fr. 36 legt er sich abweichend zurecht.

Florentinus gebe zunächst nur eine ganz allgemeine Regel «für einen Institutionisten»: conductoris est periculum, donec adprobetur. Die Approbation kann natürlich eine doppelte Bedeutung haben: entweder dass die Ausscheidung bis dahin hinausgeschoben werden solle, in diesem Falle geht die Gefahr erst mit der Approbation über — oder sie soll darüber entscheiden, nicht dass erfüllt, sondern dass ordnungsmässig erfüllt sei, und dann hat sie für den Gefahrübergang gar keine Bedeutung, sondern dieser vollzieht sich der Regel gemäss mit der Vollendung; und das ist das Normale: nisi si aliud actum sit. Auch die Schlussworte der Stelle weisen auf ein vollendetes Werk hin; der conductor hat durch cura und opera es zu vollenden, «das weitere geht auf Gefahr des Gläubigers». Im übrigen wie Mommsen. Die angebliche Antinomie zwischen fr. 59 und fr. 36, 37 sucht er wie dieser zu lösen; bei unauflöslichem Widerspruch aber ver-

dienen fr. 36, 37 den Vorzug, da sie den allgemeinen Grundsätzen entsprechen.

Im ausgesprochensten Gegensatz zu dieser dritten Gruppe, die den Moment der Vollendung des Werks als den entscheidenden ansieht, steht eine grosse Zahl von Juristen, die wir als

Vierte Gruppe

zusammenstellen. Damit der locator bei Untergang des Werkes verpflichtet sei, den Lohn zu bezahlen — das ist ihr Gedanke —, ist weder Billigung noch Vollendung erforderlich: Sondern für jeden vertragsmässig hergestellten Theil des Opus hat er einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes zu bezahlen: also der locator trägt die Gefahr.

Diese Ansicht wird von so vielen vertheidigt, dass wir sie vielleicht als die herrschende bezeichnen dürfen. [1] Ihre Vertreter stützen sich gerade auf die Stellen, die für Mommsen nur durch die grössten Interpretations-

---

[1] Z. B. Gersterding, Irrthümer der Rechtsgelehrten, p. 105. — Mühlenbruch, Pandekten, II, § 414 Note 10. — Unterholzner, Schuldverhältnisse, II, § 509. — Westphal, Kauf, Pacht und Miethe, § 934, p. 565. — Mackeldey, Lehrbuch, 13. Aufl., § 381 sub 2 c (hat also seine Ansicht geändert, denn in der von Buchholtz citirten Auflage ist er anderer Meinung). — v. Wening-Ingenheim, Gem. Civilrecht, II, § 264. — Göschen, Gem. Civilrecht, § 515. — Sintenis, Civilrecht, § 118 Note 148 und zu Note 163. — Seuffert, Pract. Pandectenrecht, § 333. — Molitor, Les Obligations, I, § 285. — Buchholtz, in Zeitschrift für Civilrecht und Process, Neue Folge, Bd. VIII, Nr. 1, p. 7. — Arndts, Lehrbuch, § 315. — Windscheid, Lehrbuch § 401 u. a.

künste einigermassen einen Sinn ergeben, auf fr. 59 und 33 cit. Sie finden hier das Princip klar ausgesprochen: der locator trägt die Gefahr des casuellen Untergangs des Werks, er muss einen Theil des Lohnes bezahlen. Fr. 33 verstehen sie nicht wie Mommsen von einem vollendeten Werk, sondern «es kann gerade so gut ein unvollendetes sein».[1] Aber fr. 36? Die meisten Anhänger dieser Ansicht lösen den scheinbaren Widerspruch zwischen dem Anfang: conductoris est periculum, und dem Ende der Stelle: locatoris est periculum, so: conductoris est periculum heisst nicht: der conductor trägt die Gefahr des casus, sondern es bedeutet bloss periculum culpae, während das locatoris est periculum vom periculum des casuellen Untergangs zu verstehen ist. Periculum am Anfang der Stelle ist also in einem engeren Sinn gebraucht, so dass es die vis major fr. 36, vis aliqua fr. 37, das soli vitium fr. 62 nicht umfasst.[2] Schon die Glosse des Accursius sagt zu fr. 36, verbo conductoris: «culpam levissimam comprehendit, non casum fortuitum», und das wird auch ausdrücklich von Donellus[3] gebilligt; auch der von Gesterding a. a. O. citirte Paulus Busius sagte: periculum hic nihil aluid significat quam casum damni talis, quod diligentissima cura potest praecaveri, ut recte Interpretes perhibent. Periculum kann diesen Sinn haben, und dass es hier diesen Sinn habe, schliesst z. B. Buch-

---

[1] Unterholzner, p. 352 N. h.

[2] Vgl. z. B. Buchholtz, p. 7.

[3] Com. jur. civ. Vol. VII, Lib. XIII, cap. 9, § 14.

holtz aus fr. 25, § 7 h. t.: qui columnam transportandam conduxit, si . . fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorum que, quorum opera uteretur, culpa acciderit. [1]

Am klarsten und schärfsten ist die Ansicht dieser Gruppe ausgedrückt von Windscheid,[2] «jedem Theil der Leistung entspricht wie bei der l. c. operarum ein entsprechender Theil der Gegenleistung» (p. 141), «das Opus hat nur so weit einen einheitlichen Charakter, als der Gläubiger sich nicht theilweise Erfüllung gefallen zu lassen braucht: der Inhalt der Leistung ist nichtsdestoweniger Arbeit».[3] Diese Bemerkungen Windscheids sind direkt gegen Mommsen gerichtet. Mommsen hat im III. Band seiner Beiträge darauf geantwortet: in manchen Punkten giebt er, wie wir einigemal hervorgehoben haben, nach; an der Hauptsache aber hält er fest.

Auch an Vermittelungsversuchen speciell zwischen Mommsen und Windscheid fehlt es nicht: so will Goldschmidt[4] die Kontroverse so entscheiden: «wenn die übernommene Leistung eine einheitliche sei, so gebühre der Entgelt nur für das vertragsmässig

---

1 Andere machen nicht diesen Gegensatz zwischen periculum culpae und periculum casus: Unterholzner z. B. § 508, Note h meint der conductor trage das periculum, wenn die Ausführung des Werks bloss erschwert, der locator, wenn sie wirklich unmöglich sei.

2 In der Heidelberger kritischen Zeitschrift, II, p. 139—141.

3 Vgl. den oben p. 16 Anm. 1 citirten Satz Pothiers.

4 Zeitschrift für Handelsrecht, XVI, p. 362 ff.

vollendete Werk; fehle es der Leistung an diesem einheitlichen Charakter, so könne wie bei der l. c. operarum schon für den vertragsmässig hergestellten, in sich den Charakter einer selbständigen Leistung tragenden Theil verhältnissmässige Gegenleistung beansprucht werden, möge auch die Vollendung des Ganzen ohne Schuld des conductor unterbleiben.»

Das sind also im wesentlichen die Ansichten, die über unsere Frage in der Litteratur geäussert worden sind: wir sehen: völlig verschiedene Auffassungen des Begriffs der Werkverdingung, völlig verschiedene Interpretation der Gesetze. Welche Stellung wollen wir nun zwischen diesen vielen zum Theil so gründlich vertheidigten Standpunkten einnehmen?

3. Beantwortung der Frage.

Welche Wirkung hat der vor der Billigung zufällig erfolgte Untergang des Werks auf die Verpflichtung des locator, den Lohn zu bezahlen?

Die Entwickelungsgeschichte des Werks wird durch die Billigung in zwei Abschnitte getheilt.

§ 4.

A. *Nach der Billigung.*

Was ist diese «Billigung», von der wir jetzt so viel gehört haben? Der conductor operarum, der Dienstherr leitet den Arbeitenden während der Arbeit — der locator operis, der Werkherr dagegen nicht: es wird ihm ein fertiges Opus geleistet, und ihm für die Güte des fertigen Opus gehaftet. Er kann

also erst, wenn ihm dies fertige Werk erbracht wird, sich erklären, ob er damit zufrieden sei, und, wenn es nicht dem Vertrag entspricht, es zurückweisen.

«Si ratihabitio mandato comparatur, opere approbato tam necesse est conductorem eo nomine non teneri, quam si opus domino arbitrante et mandante factum esset.»[1] Ein durchaus treffender Gedanke Donells: wenn der Besteller nach Vollendung des Opus sich damit zufrieden erklärt, ist es ganz ebenso, wie wenn er dem conductor vorher Weisungen gegeben hätte: wie wenn das Werk domino arbitrante et mandante factum esset. Der Besteller constatirt, dass das Opus seinem Wunsche gemäss hergestellt sei; er erklärt sich damit zufrieden, er nimmt es als Erfüllung der Obligation des conductor an, ähnlich wie der Käufer einer Waare dieselbe «empfängt». Dies Recht der Billigung braucht sich der locator im Verdingungsvertrag nicht ausdrücklich vorzubehalten, wie man schon behauptet hat; sondern es versteht sich von selbst, dass er das Werk nicht blindlings anzunehmen braucht; er hat immer das Recht zu prüfen, ob es dem Vertrag entspricht, und demgemäss sich zu erklären. Die Quellen sagen: locator probat opus — oder: conductor locatori opus probat, opus locatori a conductore probatur (fr. 37, 51 § 1, 62 h. t.). Schon Cujacius[2] spricht von der Streitfrage, ob das probare ein Akt des locator oder des conductor sei, und sagt: «conductor

---

[1] Donellus a. a. O. § 14 i. f.

[2] Observat. et emend., XXIII c. 33.

opus quod fecit tum demum probat locatori, ut fr. 51 § 1. h. t., cum id locator ipse probat; praecipuae igitur partes locatoris sunt, opus probare.» Mit ihm fasst auch die herrschende Ansicht das probare als einen Akt des locator auf. Theilweise anderer Ansicht ist Weiske,[1] der conductor sei verpflichtet, dem locator nachzuweisen, dass er quantitativ erfüllt habe — sodann habe der locator die Qualität des Werks zu untersuchen, zu prüfen. Probare heisse untersuchen, eine Handlung vornehmen, nicht bloss eine Erklärung abgeben. Eine solche Erklärung ohne Prüfung befreie den conductor nicht von seiner Haftung. Es versteht sich, dass locator seine Billigungserklärung meist nicht ohne Prüfung ertheilen wird, aber Niemand hindert ihn, das zu thun, und es leuchtet uns nicht ein, weshalb conductor dadurch nicht liberirt sein sollte. Den ersten Theil der Behauptung Weiskes aber, dass conductor verpflichtet sei, dem locator — wie in einem Prozess, durch Sachverständige — nachzuweisen, dass er erfüllt habe, halten wir auch nicht für richtig. Neuerdings hat auch Dankwardt sich ähnlich geäussert: er versteht[2] unter probatio operis einen förmlichen Akt des conductor, die «Ablieferung»: er müsse dem locator den faktischen Nachweis liefern, dass das Opus die kontraktliche Beschaffenheit habe. Das soll eine besondere Verpflichtung des conductor sein: er habe nicht bloss

---

[1] In seiner skeptisch-praktischen Behandlung einiger civilrechtlicher Gegenstände, Nr. 1, p. 23 ff.

[2] a. a. O., p. 348.

das Werk fertig zu machen und es anzuzeigen, sondern auch probare opus: der locator sei dagegen zu einer Genehmigung und Gutheissung nicht verpflichtet.[1] Es ist Weiske und Dankwardt zuzugeben, das es im Leben solche Fälle giebt, wo der conductor förmlich dem locator opus probat, wo er ihm die Vorzüge des Werks auseinandersetzt, aber auch in diesen Fällen kommt es auf diesen Act des conductor nicht an, sondern darauf, ob der locator ihm das Werk darauf hin abnimmt. Dieses probare locatori hat dann nur den Zweck, dem locator zu zeigen, dass er keinen Grund habe, seine Gutheissung zu verweigern: die Gutheissung ist der entscheidende Moment, der Moment nicht des Ablieferns, sondern des Abnehmens. Dankwardt giebt ja zu, dass in manchen Stellen locator probat opus einfach den Sinn habe: billigen. Was heisst aber dann probare vom conductor gesagt? Glück[2] sagt, es heisse: die Arbeit so gut machen, dass der Besteller damit zufrieden sei. Das ist im Grunde ein richtiger Gedanke. Aus fr. 37 geht hervor, dass beide Wendungen: locatori opus probatur und locator probat dasselbe bezeichnen wollen. Probare vom conductor gesagt heisst nicht abliefern, sondern bewirken, dass der locator probat, die Billigung erwirken: conductor tum demum probat locatori, cum locator ipse probat.

Das wirkliche probare, das entscheidende, ist, wie auch die herrschende Ansicht annimmt, ein Akt des

---

[1] a. a. O., p. 349, 350.

[2] XVII, p. 435 Note 7.

locator und dieser Akt giebt zu erkennen, dass er das Werk übernehme. Diese seine Billigungserklärung braucht der locator nicht ausdrücklich zu machen, es giebt auch eine Billigung durch concludente Handlungen z. B. durch Annahme ohne Aussetzungen zu machen.[1]

Wenn aber der conductor den locator auffordert, sich zu erklären, so darf dieser die Billigung nicht willkürlich verweigern, sondern muss sie ertheilen, wenn ein vir bonus sie ertheilen würde, selbst wenn bedungen ist, dass er sie nach seinem arbitrium ertheilen soll : fr. 24, pr. h. t. si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset . . . nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.[2]

Die Billigung constatirt also, dass ordnungsmässig erfüllt sei, nicht dass erfüllt sei. Burchardi p. 139 unterscheidet: und meint entweder stelle sie fest, dass erfüllt oder dass ordnungsmässig erfüllt sei. Letzteres ist aber immer die Bedeutung der Billigung.

Wir bleiben also bei der altherrschenden Ansicht : die Approbation ist die Erklärung des locator mit dem Arbeitsresultat zufrieden zu sein.[3]

---

[1] Dankwardt sagt, in einem solchen Fall verzichte der locator auf die «Approbation» in seinem Sinn.

[2] Dankwardt versteht die Stelle so, dass der conductor die «Adprobation» arbitratu domini vornehmen soll.

[3] Weiske, Rechtslex., VII, p. 813.

Wenn nun einmal der locator das Werk übernommen und gebilligt hat, so steht es auf seine Gefahr: geht es also nach der Billigung zufällig unter, so hat er den Lohn zu bezahlen, ausgenommen, wenn die adprobatio dolo conductoris facta est. Diese Billigung erfolgt regelmässig erst nach Vollendung des Werks, denn in der Regel ist das opus aversione locatum d. h. in Bausch und Bogen, als ein Ganzes, «ita ut dominus velit totum opus fieri industria et ar«bitrio facientis, sic tamen ut facti bonitas postea silbi «adprobetur.[1]

Das Werk kann aber auch so in Verding gegeben werden, ut in pedies mensurasve praestetur: so dass jeder pes oder mensura als ein opus für sich gebilligt werden soll. Fr. 36 cit. stellt hier als Wendepunkt der Gefahr das «admeti» hin. Dies admeti ist eine Handlung des conductor: Vorwägen, messen. Dieses «ad» bedeutet aber, dass es vor dem locator oder einem Vertreter geschehen muss, und auch hier ist das Entscheidende das Verhalten, ja wenn auch nur das Schweigen des locator.

So wenn der Untergang des Werks nach der Billigung, bzw. Zumessung erfolgt. Wie aber wenn vorher?

B. *Vor der Billigung.*

Gehen wir schrittweise rückwärts. Die Billigung ist noch nicht erfolgt, aber sie hätte erfolgen sollen: der locator ist im Annahme- oder Billigungsverzug.

---

[1] Donell, l. c. § 14 med.

§ 5.

a. Der locator ist im Billigungsverzug.

Auch der in diesem Stadium erfolgende Untergang des Werkes macht keine Schwierigkeiten. Im Verzug ist der locator, wenn er das Werk hätte abnehmen, billigen sollen, es aber nicht gethan hat (nach Dankwardt, wenn er zum Adprobationsact des conductor nicht erscheint). Interpellation ist regelmässig erforderlich, möglicherweise kann aber der Satz dies interpellat pro homine Geltung finden. Die Mora setzt hier, wie ja überall, auf Seiten des Säumigen ein Verschulden voraus und verpflichtet ihn, dem Gegencontrahenten das Interesse, welches dieser daran hat, dass keine mora stattgefunden hätte, zu leisten: hätte nun locator zur rechten Zeit übernommen und gebilligt, so wäre der Untergang nach der Billigung erfolgt, mithin zu Lasten des locator. Das Interesse des locator besteht also darin, dass er den Lohn erhält. War das Werk nicht aversione, sondern in pedes mensurasve verdungen, und das Werk geht unter vor der admensio, so gilt im Fall der mora ganz dasselbe: die admensio entspricht der approbatio: Deshalb heisst es in fr. 36 cit.: . . . et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quominus opus adprobetur vel admetiatur. Nociturum heisst eben: locator muss den Lohn bezahlen.

Die bis jetzt betrachteten Fälle sind selbstverständlich. Gehen wir nun aber einen Schritt weiter rückwärts.

§ 6.

b. Das Werk ist vertragsentsprechend vollendet.

Hat, wenn der Untergang in diesem Stadium erfolgt, der locator Lohn zu bezahlen?

Von den Schriftstellern, deren Ansichten wir oben zusammengestellt haben, sagen die einen, die Vollendung ist der entscheidende Moment[1]; die andern meinen auf Vollendung komme nichts an: entweder weil der entscheidende Moment die Billigung sei, und in den Ausnahmefällen der locator allerdings bei Untergang nach Vollendung den vollen, aber auch schon vor Vollendung den theilweisen Lohn schulde[2] — oder weil der locator principiell, immer bei Untergang vor Vollendung den Lohn zum Theil und bei Untergang nach derselben eben nur den vollen Lohn zu zahlen habe.[3] Die Juristen antworten also auf unsere Frage zum Theil schlechthin ja (Mommsen—Windscheid) — zum Theil in Ausnahmefällen ja. Unserer Ansicht nach hat, wenn das untergegangene Werk vollendet war, der locator immer den Lohn zu bezahlen; Billigung ist dazu nicht erforderlich: es genügt, dass locator das Werk hätte billigen müssen, weil es vertragsentsprechend war.

Manche unserer Gegner sagen ausdrücklich, die Vollendung sei gar kein Abschnitt. So z. B. Dankwardt: das ist zum wenigsten unnatürlich. Auch

---

[1] Glück, Puchta, Mommsen, v. Wyss, Brinz, Burchardi.

[2] Dankwardt, Bolze, Dernburg, u. s. w.

[3] Buchholtz, Seuffert, Windscheid u. s. w.

Bolze[1] legt diesem Moment keine Bedeutung bei, denn ebenso «wie beim Weinkauf mit vorbehaltener Billigung der Verkäufer die Gefahr des acor und mucor bis zur Degustation trage, so trage sie hier der Arbeiter bis zur Approbation.» Wir meinen: dieses Beispiel beweise gar nichts; die beiden Fälle sind ganz verschieden. — Andererseits aber halten wir die Deductionen Mommsens und Burchardis, weshalb die Vollendung und nicht erst die Billigung entscheide, nicht für stichhaltig. Die Analogie mit dem Kauf einer anzufertigenden Sache, den Satz, dass hier, wie beim Kauf einer res futura die Gefahr mit der Vollendung der Sache und folgeweise auch bei der Werkverdingung mit der Vollendung des Werks übergehe, hat ja Mommsen selbst als unrichtig anerkannt. Noch entschiedener müssen wir die viel weitergehenden Deductionen Burchardis verwerfen. Die Vollendung ist sicherlich nicht für die l. c. operis dasselbe, was die Ausscheidung bei der generischen Obligation. Wenn schon die Analogie des Kaufes einer aus bestimmten Material anzufertigenden Sache zurückzuweisen ist, so ist diese Analogie mit dem Gattungskauf noch weit weniger zulässig. Sie ist einerseits falsch: denn was conductor dem locator leisten soll, der Arbeitserfolg, ist nichts unbestimmtes wie ein Stück aus einem genus. Burchardi ist zu diesem Irrthum wohl deshalb gelangt, weil er nur den Fall eines Bauwerks im Auge hat, wo conductor die Materialien liefert: Hier wäre die Ana-

[1] a. a. O., p. 99, 100.

logie noch denkbar. Aber auch diesen Fall behandeln die Römer als Werkverdingung, nicht als Kauf. — Und wäre andererseits der Satz Burchardis richtig, so würde daraus folgen, dass der Moment der Vollendung nicht entscheidet: denn nimmt man an, dass beim Gattungskauf die Gefahr mit der Ausscheidung übergehe, so müsste sie hier übergehen, wenn der Werkmeister die Arbeit beginnt; nimmt man aber an, dass die Gefahr dort erst mit der Ablieferung übergehe, geht sie auch hier nicht mit der Vollendung über. — Auch v. Wyss[1] giebt eine Begründung, die nur für Bauwerke denkbar ist, und die wir ebensowenig annehmen können. Er sagt: «Strenges Festhalten an der Rechtsconsequenz würde auf den Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs durch inaedificatio hinweisen; es ist aber nicht abzusehen, zu welchen Complicationen das Beharren bei dieser Regel für jedes einzelne Stück führen würde. Die Interpretation hat daher ein für allemal den Zeitpunkt der Approbation als Uebergangsmoment festgesetzt,» dem aber derjenige der vertragsentsprechenden Vollendung gleichsteht. Und wie beim Stück Tuch, aus dem mir der Schneider einen Rock machen soll? Aller dieser spitzfindigen Deductionen bedarf es gar nicht, um unseren Satz zu rechtfertigen, dass wenn einmal das Werk vertragsmässig vollendet ist, der conductor Anspruch auf Lohn habe. Er hat diesen Anspruch ganz einfach deshalb, weil er alles

---

[1] a. a. O., p. 97.

gethan hat, was er sollte: er hat das Werk hergestellt. Der conductor ist nach dem richtigen Begriff der l. c. operis verpflichtet, einen Arbeitserfolg herzustellen: er ist nicht verpflichtet, wie Dankwardt will, ausserdem «dem locator zu zeigen, wie das opus den Bestimmungen des Contracts entspreche, die verlangten Aufklärungen zu geben und unbegründete Monituren zu widerlegen:» die beiden werden sich wohl bei wichtigen Werken darüber besprechen; aber das ist keine besondere Pflicht des conductor: es genügt, dass das Opus thatsächlich den Bestimmungen des Contracts entspricht, dass also der locator, wenn er das Werk gesehen hätte, es nach dem arbitrium boni viri hätte billigen müssen: das freilich muss conductor beweisen (wir werden unten darauf zurückkommen.)

Das ist auch der Standpunkt der Quellen. Das bezeichnete Prinzip steht mit dürren Worten in fr. 37 cit: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale fuit, ut probari deberet. Von Billigung kann aber im Normalfall, wo das opus aversione locatum ist, nicht vor der Vollendung, wo aber in pedes mensurasve locatum ist, nicht vor der Vollendung eines pes oder mensura die Rede sein. Die Stelle redet also offenbar von einem Untergang, der zwischen Vollendung und Billigung erfolgte, und sie erfordert damit der locator das detrimentum trage, nicht die Billigung, sondern sie lässt es genügen, dass es contractsgemäss vollendet sei. Indessen fr. 36 init. und fr. 62 scheinen diesem Satz zu widersprechen: und absolut Billigung

zu erfordern. Mommsen hat trotzdem in der zweiten Hälfte des fr. 36 unsern Satz direct ausgesprochen finden wollen. Es ist allerdings aus den von Mommsen angeführten Gründen wahrscheinlich, dass die Stelle von einem vollendeten Werk redet: namentlich weil vorher von mora die Rede ist, aber die Worte: si prius interciderit opus . . . können gerade so gut ein nicht vollendetes Werk bezeichnen; und die Schlussworte sprechen nicht gegen, aber auch andererseits nicht für diese Auffassung, wie Burchardi will. Es ist aber jedenfalls absolut undenkbar, dass die Stelle am Anfang von einem unvollendeten, am Ende von einem vollendeten Werk handelt: diese Unterscheidung wird der Stelle rein willkürlich untergeschoben. Vielmehr stellt fr. 36 init. einfach die allgemeine Regel auf: die Gefahr geht über erst mit der Billigung. Aber diese allgemeine Regel ist — das glauben wir unbedenklich Mommsen entnehmen zu müssen — durch das unmittelbar folgende fr. 37 zu modificiren und zu beschränken: beide Stellen sind zusammen zu verstehen: die Gefahr geht schon vor der Billigung über, wenn alles fertig war und conductor beweist, dass das Werk hätte gebilligt werden müssen. Wie aber mit fr. 62 cit.? Die Stelle redet von einem vollendeten (. . . et feceras) Canal oder Wasserleitung (rivus) und trotzdem entscheidet Labeo, dass conductor die Gefahr trägt. Paulus aber unterscheidet:

1. Der Untergang des Werkes, die labes erfolgt *vitio operis*, in diesem Fall billigt er die Regel Labeos. Bezeichnet nun operis vitio einen casus oder eine culpa?

Beide Ansichten sind vertreten. Gluck a. a. O. und Bolze sagen: die Arbeit war Schuld, Ursache der labes, also möglicherweise auch casu. Bolze p. 91 giebt als Beispiel für ein solches zufälliges operis vitium: Beschädigung durch verbrecherische Hand, das wird aber wohl niemand operis vitium nennen, sondern es ist ganz einfach ein Fehler in der Ausführung des opus, ein «Kunstfehler» (Dankwardt), wie auch Donellus[1] sagt: «quippe vitium operis proficiscitur ab imperitia artificis», also eine culpa des conductor oder, was dasselbe ist, seiner Gehilfen. In diesem Fall geht natürlich die Gefahr erst mit der Billigung über.

2. Der Untergang erfolgt *soli vitio*. Eine culpa dem locator unterzuschieben, um unser Princip zu retten, ist unzulässig. Ist aber dann unser Satz nicht erschüttert, da die Stelle als Grund des Gefahrübergangs nicht die Vollendung, sondern das soli vitium angiebt? In der Bedrängniss greift Mommsen zur Statuirung einer geschichtlichen Entwickelung: allein eine solche Erklärung, die zuerst nicht unwahrscheinlich vorkommt (besonders auch weil in fr. 10 pr. de l. Rhod. cit. Paulus den Labeo ähnlich corrigirt), ist doch unzulässig: einmal wegen der Einheit des Corpus juris, sodann weil es undenkbar ist, dass die eine Hälfte des fr. 36 der früheren, die andere der späteren Rechtsentwickelung angehört, und ferner wegen fr. 59, wovon unten. Eine solche Erklärung ist aber auch nicht nothwendig.

---

[1] l. c. § 14.

Die Stelle handelt nicht, wie fr. 36, 37 von einem opus im allgemeinen, sondern von einem speciellen Fall: ein Canal ist durch einen Erdrutsch verschüttet. Die Gründe dieser labes können verschieden sein. Paulus hebt unter ihnen hervor: Fehler in der Arbeit, Fehler im Boden, und macht einen Gegensatz zwischen denselben: von anderen Gründen der labes redet Paulus nicht, für dieselben bleibt es also bei der Regel Labeos. Auch diese Regel aber ist durch fr. 37 zu beschränken: der conductor hat schlechthin Anspruch auf Lohn nur bei Untergang nach der Billigung; bei Untergang nach der Vollendung hat er diesen Anspruch auch ohne weiteres, wenn das Werk durch einen Fehler der zu bearbeitenden Sache des locator, soli vitio, unterging; aber auch in den übrigen Fällen, freilich nur wenn er beweist, dass das Werk hätte gebilligt werden müssen.

So wenn das Werk vollendet war. Gehen wir nun wiederum einen Schritt weiter rückwärts und fragen: wie steht es mit den Lohnansprüchen des conductor, wenn das Werk zur Zeit seines Untergangs erst theilweise ausgeführt war?

§ 7.

c. Das untergegangene Werk war nicht vollendet.

Hier sind zunächst wiederum jene zwei Fälle zu scheiden:

α. Das opus war in pedes mensurasve verdungen. Damit conductor hier Anspruch auf Lohn habe, ist es nicht erforderlich, dass das untergegangene Werk voll-

ständig fertig war, sondern es genügt, dass ein pes oder eine mensura so hergestellt war, dass es hätte gebilligt werden müssen. Jedes solches selbstständige Stück gilt als ein opus für sich. Wie aber wenn erst ein Theil eines solchen opus fertig war: und wie

β. wenn ein opus aversione locatum, als es unterging, bloss angefangen war? Hat hier der conductor einen Theil des bedungenen Lohnes zu verlangen? Das ist das eigentliche Gebiet der Controverse. Die einen antworten: principiell nein, die andern principiell ja, andere nur in Ausnahmefällen ja. Prüfen wir zunächst die zwei extremen Ansichten.

Vor der Vollendung in keinem Fall ein Anspruch auf Lohn: auch nicht z. B. wenn ein furchtbares Naturereigniss das fast vollendete Werk zerstört: diese Entscheidung verletzt von vornherein unser Billigkeitsgefühl so sehr, dass wir deren ausnahmslose Anwendung den Römern nur schwerlich zumuthen können. Die Frage, die von Buchholtz p. 4 aufwirft: weshalb wenn der Arbeiter 99/100 des Werks hergestellt habe, er nichts bekommen solle, wenn er aber 1/100 mehr hergestellt habe, er alles bekommen solle, scheint diese Ansicht zu Boden zu schlagen; mit derselben Ironie wendet sich Dankwardt p. 355 gegen das Beispiel Burchardis, wenn das Gewölbe untergehe, bevor der Schlussstein eingesetzt sei, so bekomme der Werkmeister keinen Lohn, wenn nachher, den vollen.

Diese Ansicht finden wir in der That auch in der bezeichneten Strenge nicht in den Quellen vertreten. Es scheinen ihr allerdings jene beiden vom Transport

handelnden Stellen fr. 15 § 6 u. 10 pr. cit. Recht zu geben. Fr. 15 § 6 versagt dem Frachtführer Anspruch auf Lohn: aber der in Frage kommende Transport war noch gar nicht angefangen. In fr. 10 pr. cit. versagt Labeo dem Schiffer den Anspruch auf die vectura für den im Transport gestorbenen Sclaven. Paulus aber fügt eine Bemerkung hinzu: es komme zunächst darauf an, quid actum sit: ob die Fracht für die an Bord genommenen oder für die angekommenen Sclaven bezahlt werden soll; quod si hoc apparere non poterit, sagt Paulus, satis erit pro nauta si probaverit impositum esse mancipium. Paulus hat also die Ansicht des Labeo für den Zweifelsfall verworfen.[1] In direktem Widerspruch stehen aber die Vertreter dieser strengen Ansicht auch mit fr. 59 u. 33 cit. Den Bemühungen Mommsens und Burchardis ist es nicht gelungen, sie zu überwinden und mit ihrer Ansicht haltbar zu vereinigen. Fr. 59 spricht klar und bestimmt aus: Sabinus sei der Ansicht gewesen, wenn der Einsturz des theilweise hergestellten Hauses vi naturali, veluti terrae motu, acciderit, Flacci i. e. locatoris esse periculum; die Supposition Mommsens ist willkürlich, einen Widerspruch zwischen Sabinus und Labeo in fr. 62 anzunehmen, liegt kein Grund vor. Auch fr. 33 hat Mommsen nicht erklärt: man mag ihm auch zugeben, dass die für uns entscheidenden Worte wenig in die Stelle passen,[2] aber

---

[1] Vgl. Bolze, a. a. O., p. 87.

[2] S. übrigens Hartmann, Jahrb. f. Dogm., XXII, S. 430.

die Supposition, mit der er hier helfen will, ist rein aus der Luft gegriffen.

Aber auch die gerade entgegengesetzte Ansicht (4. Gruppe), wonach der locator principiell die Gefahr in dem Sinne trage, dass er für jeden vertragsentsprechend hergestellten Theil des Werks einen Theil des Lohnes schulde, halten wir den Quellen gegenüber und auch aus inneren Gründen für unhaltbar. Die Ansicht wurzelt in einer Auffassung der Werkverdingung, auf die schon oben in der Einleitung hingewiesen wurde, und die unserer Ansicht nach dem wahren Gegensatz zwischen operae und opus nicht entspricht. Operae sind Dienste, Handlungen einer Person, «eine an Reihe einander sich anschliessender Leistungen[1]» — opus dagegen ein Erfolg, ein Effekt, ein ἀποτέλεσμα (fr. 5 de V. S. cit.), und zwar dieser Erfolg selbst, nicht etwa das Quantum von opera, das zu dessen Erreichung nothwendig ist: das Quantum ist überhaupt ganz unbestimmt und je nach der Fähigkeit des Arbeiters verschieden: nicht das Quantum Arbeit, sondern der Erfolg wird bezahlt; sonst müsste der tüchtige Werkmeister, der weniger zu arbeiten braucht, um denselben Erfolg zu erreichen, weniger Lohn bekommen, als der unbewanderte, der langsam arbeitet. Wenn der Reisende seinen Platz von London nach New-York bezahlt, so will er dorthin gebracht werden: wie viel mehr Arbeit die Matrosen, wie viel mehr Kohlen der Heizer bei bewegter als bei ruhiger See

[1] Mommsen, I, p. 364.

braucht, das ist ihm einerlei: er bezahlt für den Erfolg. Dieser Erfolg ist ein Gegensatz zu den operae eine einheitliche Leistung: einheitlich aber in welchem Sinn? nicht so, dass das Opus begrifflich und immer untheilbar wäre (auch das zu erbauende Haus ist theilbar und jeder Theil hat seinen Werth), aber andererseits nicht bloss so, dass «der Gläubiger sich nicht theilweise Erfüllung gefallen zu lassen braucht.» — das braucht ja der Gläubiger, wie Mommsen III p. 425 hervorhebt, überhaupt fast nie — sondern gerade darin, dass nicht jedem Theil der Arbeit ein entsprechender Theil des Lohnes gegenübersteht. Das Opus ist eine Einheit, die Quellen heben es ausdrücklich hervor, nicht bloss im schon oft herangezogenen fr. 5 de V. S., sondern auch anderswo: so wird in fr. 85 de V. O. (45. 1) eine Classification der Obligationen gegeben: «in exsecutione obligationum quattuor esse causas» und die zweite Classe wird gebildet durch Obligationen mit solchem Gegenstand, «quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest.» Und § 2 derselben Stelle rechnet in diese zweite Klasse: «opus quod testator fieri iusserit, nam singuli in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.» Man könnte einwenden, dass diese Einheitlichkeit des Opus nichts wesentliches sei, da von den Parteien so contrahirt werden könne, dass von Einheitlichkeit nichts übrig bleibe: man kann allerdings ein Opus so in Verding geben, ut in pedes mensurasve praestetur, aber dann soll eben jeder pes, jede mensura als ein Opus für sich gelten: als ein ἀποτέλεσμα im obigen Sinn. Aber selbst

noch in diesen Fällen ist die Grenze gegen die l. c. operarum noch scharf gezogen: denn der Unterschied liegt nicht bloss darin, dass der Gläubiger bei l. c. operis sich theilweise Erfüllung gefallen zu lassen braucht, sondern der conductor operis ist in seiner Arbeit frei, und er haftet dem locator für die Güte des Erfolgs. Die so weit verbreitete Ansicht also, die den conductor so begünstigt, widerspricht dem klaren Begriff der loc. cond. operis. Wir betonen das noch einmal und möchten einen ganz besonderen Nachdruck darauf legen, weil viele unserer namhaftesten Pandektisten diesen scharfen Gegensatz zwischen Dienst- und Werkmiethe nicht anerkennen wollen; so lange man aber über diesen Gegenstand nicht einig ist, wird man sich über die Frage nach der Gefahrtragung nicht einigen. Aber jene Ansicht widerspricht auch den Entscheidungen, die die Quellen für unsere spezielle Frage geben.

Allerdings scheint ihr fr. 59 Recht zu geben und auch fr. 33 widerspricht dem nicht: aber wie mit fr. 36, 37, 62? In fr. 36 versteht diese Ansicht conductoris periculum est als periculum culpae, locatoris periculum est als periculum casus.

Es ist nun zugegeben, dass periculum est alicujus diesen Sinn haben kann: Hasse hat gezeigt (Culpa, p. 288), dass aus dem vagen Ausdruck periculum sich nicht schliessen lasse auf die Praestation von Casus fortuiti, und es giebt in der That eine Masse von Stellen[1] wo periculum = periculum culpae ist. Aber

[1] Citirt bei Hasse, Buchholtz und Mommsen, I, § 21.

daraus folgt nicht, dass es auch hier so sei. Und dass es hier nicht so sei, ergiebt sich aus dem zweiten, dem locatoris est periculum, denn es ist doch nicht möglich, dass in zwei Zeilen periculum in zwei verschiedenen Bedeutungen vorkommt.[1] Fr. 36 redet ja nicht vom periculum rei,[2] sondern von periculum operis: dass conductor hinsichtlich der ihm anvertrauten Sache bloss für culpa (und custodia, Buchholtz, p. 6) hafte, steht ja fest: das sagt fr. 25 § 7 cit.[3] Aber auch das ist unmöglich, dass die Stelle (fr. 36) am Anfang von periculum rei, am Ende vom periculum operis handle.

Die beiden bisher geprüften Ansichten können uns also nicht befriedigen: die eine weil sie den Quellen Gewalt anthut und äusserst unbillig ist, die andere, weil auch sie mit den Quellen nicht übereinstimmt und dem Wesen der Werkverdingung widerspricht.

Der Vermittlungsversuch Goldschmidt's, dem das R. O. H. G.[4] sich angeschlossen hat, und der für das untheilbare Opus Mommsen, für das theilbare Windscheid Recht gibt, kann nicht genügen. Der Streit zwischen Mommsen und Windscheid bezieht sich gerade auf das opus, das nach der Parteiabsicht untheilbar ist,[5] und Goldschmidt's Entscheidung, es komme darauf an, ob der hergestellte

---

1 Vgl. Rudorff zu Puchta, Vorles. § 367.

2 Vgl. Brinz, II, p. 766 ff. Note 26.

3 Bolze will allerdings diese Stelle vom periculum operis verstehen, p. 89, 90.

4 In einem Erkenntniss dei Seuff. Arch. 29, p. 315.

5 Vgl. Mommsen, I, p. 386 Note 18.

Theil des Werkes in sich den Character einer selbstständigen Leistung trage, bezieht sich mehr auf den Fall, wo die Vollendung des angefangenen Opus unmöglich wird, als auf unseren, wo das Werk untergeht.

Auch für diesen Fall möchten wir uns an Goldschmidt nicht anschliessen: wenn ein angefangenes Werk dasteht, das nicht vollendet werden kann, so kommt es doch wahrhaftig nicht darauf an, ob das schon hergestellte in sich den Charakter einer selbstständigen Leistung trägt oder nicht, sondern wir würden es einzig und allein darauf ankommen lassen, ob der schon hergestellte Theil der Arbeit für den Besteller einen Werth hat. Von diesem Fall aber ist hier nicht die Rede, sondern von dem, wo das Opus ganz untergeht. Für diese Frage giebt nun Goldschmidt keine befriedigende Lösung.

Wollen wir also eine andere Stellung suchen? Wollen wir uns denen anschliessen, die bei Untergang des Werks vor der Vollendung dem conductor nur ausnahmsweise einen Anspruch gewähren? denn soviel ist klar, dass ein Princip nicht — weder dieses noch jenes — alle Stellen erklärt. Ausnahmen werden gemacht sowohl in der ersten als in der zweiten und dritten Gruppe von Ansichten. Die hauptsächlichste Ausnahme ist:

1. bei Untergang des Werkes durch vis major. Ist diese Ausnahme wirklich begründet? Unserer Ansicht nach ja. So allein erlangt das fr. 36 einen vernünftigen Sinn; auch dessen Schlussworte gewinnen

einen Sinn; sie erklären die «vis major»; so erklärt sich der räthselhafte Widerspruch zwischen fr. 37, 36 und 59; denn die vis naturalis, bei der letztere Stelle dem conductor Anspruch auf Lohn gewährt, auch wenn der Untergang vor Vollendung erfolgte, ist offenbar nichts anderes, als die vis major des fr. 36. Der innere Grund dieser Ausnahme ist sehr einfach: der conductor trägt bis zur vertragsentsprechenden Vollendung des Werks die Gefahr in dem Sinn, dass er für das vor diesem Zeitpunkt untergegangene Werk keinen Lohn bekommt; der casus fällt ihm zur Last, der casus, aber nicht die vis major. So gelangen wir freilich vor die schwierige Frage: was ist vis major?

2. Um auch fr. 33 und 62 mit seinem Princip, dass conductor die Gefahr bis zur Billigung trage, und mit fr. 36, 37 in Einklang zu bringen, macht Dernburg und auch Bolze eine zweite Ausnahme: bei Untergang in Folge des vom Besteller zur Bearbeitung gelieferten Materials. Wir haben oben zu entwickeln versucht, dass nach fr. 36, 37 schon der Moment der Vollendung entscheidet, wenn das Werk hätte gebilligt werden müssen: aber wir glauben auch diese Ausnahme aus einfachen Billigkeitsrücksichten uns aneignen zu müssen. Fr. 62 macht diese Ausnahme, aber das hier in Rede stehende Werk war vollendet, die Gefahr ging also auch schon abgesehen von diesem Grund über nach dem allgemeinen Gesetz des fr. 37; indessen die Römer machten die Ausnahme, auch wenn das Werk vor der Vollendung unterging: denn in fr. 33

ist es ein «ruere» des Bodens, also der zu bearbeitenden Sache, das den Untergang des Werks verursacht.

Diese zwei Ausnahmen finden wir also in den Quellen anerkannt: in diesen zwei Fällen hat conductor Anspruch auf Lohn, auch wenn der Untergang des Werks vor dessen Vollendung erfolgt. Es fragt sich aber auf theilweisen — oder auf den vollen Lohn? Die Mehrzahl der Schriftsteller, welche jene Ausnahme machen, gewähren ohne weiteres Anspruch auf verhältnissmässigen Lohn.

Indessen das ist nicht unbestritten, und es sind gerade die zwei Schriftsteller Glück und Bolze theilweise hier anderer Ansicht, welche, wie wir hervorgehoben haben, sich nicht mit jenen zwei Ausnahmen (die sie auch anerkennen) begnügen, sondern principielle Unterscheidungen machen. (Mühlenbruch § 414 N. 10 bezeichnet die Glück'schen als «allerlei unnöthige Distinctionen».)

1. Trotz dieser Distinctionen stimmt Glück im wesentlichen mit dem überein, was wir entwickelt haben: wenn er auch unterscheidet, ob die Schuld des Untergangs an der Arbeit, an der Sache, oder an keinem lag. Für den zweiten Fall: wenn die Schuld an der Sache lag, d. h. wenn der Untergang in Folge des vom Besteller gelieferten Materials erfolgte, sagt Glück XVII. p. 436: «Der Schade trifft den Besteller». Unter anderen Belegstellen, von denen fr. 13 § 5 (das handelt vom periculum rei) und fr. 59 (denn terrae motus ist nicht =soli vitum) nicht hierher gehören, führt er auch fr. 33 an. Dieselbe Gesetzesstelle citirt

er nun aber auch auf S. 422, wo er von der locatio conductio operarum handelt. Hier lehrt er: wenn der Zufall die Sache betroffen habe wegen der die Dienste zu leisten seien, so sei der Miether den versprochenen Lohn zu zahlen schuldig. Sollen wir nun daraus entnehmen, dass Glück auch bei der l. c. operis, wovon doch die Stelle unzweifelhaft handelt, dem conductor den vollen Lohn zusprechen wollte, wenn «die Schuld des Untergangs an der Sache lag?» Jedenfalls hat er es nicht klar ausgedrückt.

2. Klarer gefasst ist der Gedanke Bolze's, auch er macht unsere zwei Ausnahmen, macht sie aber bloss für den Fall, wo das Werk ganz allein, ohne die Sache untergeht — dvoan scheidet er scharf den Fall, wo die Sache untergeht: und in diesem Fall gewährt er dem conductor Anspruch auf den vollen Lohn, mag das Werk vollendet oder noch gar nicht angefangen sein. Auch er stützt sich hierbei auf die Analogie der loc. cond. operarum: freilich wagt er nicht wie Glück fr. 33 heranzuziehen: denn das insulam aedificandam locare fasst er hier als «vermiethen eines noch zu erbauenden Häusercomplexes mit vorausbezahltem Miethzins» (ein seltsamer Gedanke!). Er argumentirt so: «bei der Dienstmiethe habe der Dienstvermiether Anspruch auf den vollen Lohn, si per eum non stetit quominus operas solveret (fr. 19 § 9, 38 h. t.) d. h. wenn das Hinderniss, weshalb er zur Leistung nicht kommt (entweder in der Person oder) in der Sache des Miethers liegt, — ebenso habe der cond. operis, wenn er wegen Untergangs der Sache das Werk nicht leisten oder nicht

vollenden könne, doch Anspruch auf den vollen Lohn.» Jene von der Dienstmiethe geltenden Sätze sind nun nicht unbestritten: z. B. Mommsen I p. 362, 363 versteht jenes si per eum non steterit, nicht von den in der Sache, sondern bloss von den in der Person des Miethers liegenden Hindernissen. Zu diesem Resultat gelangt Mommsen nur durch höchst gekünstelte Interpretationen. Zu einer solchen Einschränkung liegt kein Grund vor. Hat er aber wirklich Anspruch auf den vollen Lohn? Ja, si eodem anno ab alio mercedem non accepit (fr. 19 § 9 h. t.). Mommsen meint, der Vermiether werde hierdurch bloss entschädigt: «eine Entschädigungspflicht ohne culpa». Es ist aber klar, dass das unrichtig ist: denn der Dienstvermiether hat ein Recht auf den vollen Lohn, er braucht sich ja nicht anderswo zu vermiethen.

Bolze p. 93 zieht auch die Analogie der Sachmiethe heran. «Es ist anerkannt, das ist sein Gedanke, dass der Miether den Zins zu bezahlen habe, wenn er aus einem in seiner Person liegenden Grund das Haus nicht beziehen kann: das muss auch gelten, meint Bolze, wo das Hinderniss in dessen Sache (?) liegt.» Diese Sätze wollen wir nun nicht, jedenfalls nicht für dei l. c. operarum bestreiten. Aber folgt etwas daraus für die Werkmiethe? Das Urtheil bei S. A. 28 N. 220 und Bolze a. a. O. sehen zu einer anderen Entscheidung als dort nicht den geringsten Grund. Wir meinen (und darin stimmen wir mit Heise und Cropp a. a. O. p. 633, 634 überein): dass daraus für die l. c. operis nichts folgt. Das characteristische Merkmal der l. c. operis

als eines Vertrages über ein zu leistendes Arbeitsresultat bringt es mit sich, dass principiell der Lohn nur für das ganze, wirklich geleistete Werk bezahlt wird, und nur in wenigen Ausnahmefällen aus Billigkeit verhältnissmässiger Lohn bei Untergang vor Vollendung. Es widerspricht ihrem Wesen, den Lohn für den vollen Erfolg vom locator zu verlangen, während dessen Herstellung noch nicht einmal begonnen ist. Es wäre dies überdies für den locator eine exorbitante Härte: er verliert nicht bloss seine Sache, sondern auch den vollen Lohn. Bolze fügt daher hinzu: natürlich darf der locator abrechnen, was conductor durch die unterbliebene Ausführung des Werks an Arbeitslohn, Ausgaben für Materialien u. s. w. erspart.[1] Und ferner fügt er hinzu: «freilich wird es der conductor nicht ablehnen dürfen, wenn ihn der locator auffordert, nachdem die Arbeit an dieser Sache durch deren Untergang unmöglich geworden, dieselbe an einer gleichen oder ähnlichen Sache des locator vorzunehmen.»[2] Von diesen zwei Sätzen, welche dem Bolze'schen Princip seine unerträglichen Härten nehmen sollen, steht in den Quellen nichts. Das «freilich u. s. w.» stützt Bolze auf fr. 60 pr. h. t. Die Stelle sagt: wenn ein Haus Reparaturen halber Monate lang unbewohnbar bleibt, so schuldet der Miether dem Vermiether nichts, «wenn nicht der Vermiether bereit war, ihm ein passendes Haus zum Bewohnen zu geben». Die Stelle könnte also höchstens ein Argument dafür sein, dass der cond.

[1] a. a. O., p. 92 N. 16.
[2] p. 94 N. 16.

keinen Anspruch auf Lohn habe, es sei denn, dass er bereit sei . . ., nicht aber dafür, dass er principiell Anspruch auf Lohn habe und allerdings sich nicht weigern dürfe . . . . — Bolze würde also so urtheilen: ich lasse also auf meinem Terrain von einem conductor ein Haus bauen; das Haus wird begonnen:

1. In Folge eines Erdbebens verschwindet der Boden: ich schulde dem conductor den vollen Lohn mit jenem Abzug (freilich u. s. w.).

2. Bloss das Haus geht unter, der Boden bleibt: ich schulde nur verhältnissmässigen Lohn, und nur wenn es durch vis major oder durch einen vom Boden ausgehenden Zufall geschieht. Ist diese Unterscheidung wirklich begründet?

Bolze nimmt an, dass fr. 36, 37, 59 vom zweiten Fall reden, wo das Opus ohne die Sache untergeht. Fr. 59 redet allerdings von einem Haus, aber fr. 36, 37 bloss von einem «opus.» Muss das nothwendig ein Fall sein, wo bloss das Opus untergeht und die Sache unberührt bleibt? Wenn das Stück Tuch, aus dem der Schneider mir ein Kleid halb verfertigt hat, verbrennt, oder wenn die Wand, auf der ich malen lasse, in die Luft gesprengt wird, ist da nicht auch opus consumptum (fr. 36, 37?). Es leuchtet uns nicht ein, warum es Einfluss auf die Lohnansprüche des conductor haben solle, wenn die Sache mit dem Werk oder wenn das Werk ganz allein untergehe — von dieser Unterscheidung finden wir auch in den Quellen nichts. Das gewichtigste Argument Bolzes ist fr. 10 pr. de l. Rhod. cit.

Bolze versteht die Stelle so, dass sie dem conductor die vectura auch für den verstorbenen Sclaven zuspricht. Die Erklärung Mommsens und Heise und Cropps, wonach sie dieselbe ihm abspricht, ist in der That unhaltbar. Aber auch wenn die Bolze'sche Interpretation richtig ist, so lässt sich doch aus derselben sein allgemeines Princip nicht herleiten. Nach Bolze ist es gleichgültig, ob das Werk vollendet oder noch gar nicht unternommen war. Ich schliesse also z. B. einen Vertrag mit einer Dampfercompagnie, dass sie mich nach Amerika schiffen soll; ich sterbe vorher ich schulde die volle Fracht, und dann hat mein Erbe das Recht, einmal eine Reise nach Amerika zu machen. Die Stelle erfordert zunächst das Einschiffen, imponere: den Fall des Todes vor dem Einschiffen bespricht Paulus nicht. Was entspricht aber dem imponere, wenn ich ein Stück Tuch vom Schneider bearbeiten lasse?

Wir können also keine genügende Grundlage für die Bolze'sche Unterscheidung in den Quellen finden, und wir glauben daher, dass wir einfach bei dem oben bezeichneten Standpunkt (ein Princip, zwei Ausnahmen) bleiben müssen. In den beiden Ausnahmefällen wollen wir aber dem conductor Anspruch auf theilweisen Lohn gewähren: namentlich auf Grund auch von fr. 33 in den Worten quemadmodum — teneberis. Das «teneberis» heisst nicht teneberis, den vollen Lohn zu bezahlen, sondern einen verhältnissmässigen Theil desselben: das ergiebt sich aus der in der Stelle für die Sachmiethe gegebenen Entscheidung.[1]

---

[1] Vgl. Dankwardt, a. a. O., p. 353.

Das Resultat, zu dem wir gelangt sind, ist also:

1. War das Werk, als es unterging, vollendet und so beschaffen, dass locator es hätte billigen müssen; so hat locator den vollen Lohn zu bezahlen. Fr. 36, 62 modificirt durch fr. 37.

2. War es nicht vollendet, so schuldet principiell locator keinen Lohn. Nur wenn der Untergang erfolgt

a. durch höhere Gewalt fr. 36, 59, oder

b. in Folge des vom Besteller gelieferten Materials (fr. 62), fr. 33, hat er einen verhältnissmässigen Theil der merces zu leisten.

Dies Resultat entspricht zweifellos in weitem Masse der Billigkeit.. Unsere Quelleninterpretation wird vielleicht manchen nicht ganz zufriedenstellend erscheinen: aber wenn man dieselben überhaupt vereinigen kann, wenn man nicht annehmen will, dass in einer so schwer zu lösenden Frage auch die römischen Juristen uneins waren, so erscheint uns unsere Interpretation als die bestmöglichste. Allerdings scheinen die Kategorien Glücks und besonders Bolzes die Widersprüche schärfer zu lösen. Aber diese Schärfe ist Schein, bei genauerer Prüfung erweisen sich ihre Erklärungen als nicht zutreffend.

Wir haben versucht aus der Gesammtheit der Stellen ein Princip herauszuheben und wir glauben den Sinn derselben auf diese Weise besser erfasst zu haben.

Es drängt sich aber nun eine wichtige Frage auf: was ist vis major? speciell in unserem Gebiet. Glück[1]

---

[1] l. c. p. 439.

sagt: «eine Naturbegebenheit, die durch keine menschliche Vorsicht und Kräfte abzuwenden war» und entnimmt dem fr. 25 § 6 h. t. die Worte vis major, quam Graeci Θεοῦ βίαν i. e. vim divinam appellant, und Note 17: ein casus cui resisti non potest und den auch der Besteller des Werkes selbst durch keine Vorsicht hätte abwenden können, wenn ihm auch das Werk schon fertig wäre überliefert worden. — Aehnlich Dankwardt[1] eine Naturkraft, der menschliche Kraft überhaupt nicht zu widerstehen im Stande ist, wie Blitz, Erdbeben. — v. Wyss[2] will den Ausdruck strikt interpretiren und ihn nur «von absolut und in abstracto unabwendbaren Ereignissen» verstehen. — Dernburg[3] «höhere Gewalt, die durch technische Vorrichtungen nicht auszuschliessen war». — Bolze[4] findet das characteristische der vis major in der Aussergewöhnlichkeit und Unabwendbarkeit: da der conductor für den Erfolg einstehe, habe er diejenigen Zufälle, die regelmässig im Bereich der Entwickelung des Werks liegen, und die regelmässig abwendbar sind, zu tragen; aber das Resultat solle nur durch menschliche Thätigkeit erreicht werden, daher fallen durch Menschenkraft unüberwindliche, dem Unternehmer selbst fremde Ereignisse ihm nicht zur Last.

Ueber die Definition der «vis major» — ein Be-

---

[1] a. a. O., p. 351.
[2] a. a. O., p. 98.
[3] l. c.
[4] a. a. O., p. 99—103.

griff der ja namentlich beim receptum nautarum zur Anwendung kommt — besteht eine grosse in einer ungeheuren Literatur in allen Sprachen verhandelte Kontroverse: eine Kontroverse, die sich auch unter den obenerwähnten Definitionen wiederfindet. Namentlich giebt es zwei Hauptansichten:

1. Die Einen verstehen unter vis major bestimmte, überwältigende, namentlich Naturereignisse; das wird von manchen principiell ausgedrückt: in abstracto unabwendbare Ereignisse.

2. Die Anderen, an der Spitze die Glosse zu fr. 3 nautae (4. 9), sehen darin einen relativen Begriff: Si nec culpa lavissima intervenit, ergo fuit casus fortuitus et sic non tenutor, sagt die Glosse. Wann vis major vorliegt, beurtheilt sich nach dem Verhältniss zwischen dieser vis und dem Quantum von Sorgfalt und Arbeit, deren Anwendung in einem solchen Fall verlangt werden kann. Es entscheidet also Unabwendbarkeit in concreto.

Wie wollen wir nun unsere vis major definiren? Es liegt jedenfalls kein Grund vor, sie auf Naturereignisse zu beschränken. Das blosse «unabwendbar in abstracto» genügt aber nicht: denn welche Ereignisse sind in abstracto unabwendbar? und wo ist die Grenze zwischen einem starken Regenguss und einem Wolkenbruch? jene absolute Definition wird den Richter meist im Stich lassen. Ebensowenig aber wie mit dem Begriff «in abstracto unabwendbar» wird der Richter mit der Definition: «regelmässig unabwendbar» operiren können. Woher soll er oder der Sachverständige

wissen, was regelmässig unabwendbar ist? Ebenso unsicher ist aber auch die relative Definition: «in concreto unabwendbare Ereignisse». Diese Definition führt, wie Exner in Grünhuts Zeitschrift[1] ansprechend sagt, den Richter hinaus «in die romantische Wildniss der Billigkeit, wo sie ihn alsdann der ‚Individualität des concreten Falles' gegenüber mit seinem ‚vernünftigen Ermessen' allein lässt.» Die verstärkte Vorsicht, welche verlangt wird, ist im Grunde genommen nichts anderes als die nach mühsamer Erkenntniss durch die neue Wissenschaft verworfene culpa levissima; da diese aber = culpa levis ist, so führt diese Theorie praktich auf die Gleichstellung von vis major mit gewöhnlichem casus; und so gebrauchen Pothier und Molitor an den uns speciell interessirenden Orten ohne Unterschied: accident, cas fortuit, force majeure. — Das Richtige scheint uns Exner a. a. O. getroffen zu haben, wenn er auch seinen Begriff zunächst nur für das receptum entwickelt. Der Zweck der Unterscheidung zwischen casus und vis major ist nach ihm: «Eliminirung der Schuldfrage» (p. 546): für casus wird gehaftet, nur für einen solchen nicht, dem offenbar nicht widerstanden werden kann: die Gewalt muss so gross gewesen sein, dass ihre Unabwendbarkeit prima facie zu Tage lag; und dass wenn sie stattgefunden hat, das offenkundig ist. Das Element des offenbar unabweislichen, den Beweis überflüssig machenden gehört zur vis major.

Schon hiermit hat der Richter einen festen An-

---

[1] p. 520, Bd. X.

haltspunkt gewonnen, den die Bolze'sche Definition ihm nicht gewährt. Bolze leitet seinen Begriff aus der Analogie der Stellen, die in ganz aussergewöhnlichen Fällen dem Pächter Anspruch auf remissio mercedis gewähren: man kann nun allerdings in der Landwirthschaft sagen, welche Ereignisse für den Bauer regelmässig abwendbar, welche gewöhnlich sind und welche nicht; aber wie für den Schneider oder Baumeister: welcher Brand, welcher Einsturz ist regelmässig abwendbar? Wir müssen uns vielmehr an Exner anschliessen. Exner verlangt aber zur vis major noch ausserdem, dass das Ereigniss von aussen in den Betriebskreis des Frachtführers hereinbreche, damit man nicht nöthig habe, in das Labyrinth der Causalitätsbeziehungen innerhalb desselben einzudringen, um den Beweis zu führen. Dies Element ist nicht bloss bei diesem receptum anwendbar. Auch der Schneider, auch der Baumeister hat einen Betriebskreis, und auch hier ist ein Beweis ganz überflüssig gemacht, den chicanösen Einwendungen die Thüre nur dann verschlossen, wenn das überwältigende Ereigniss von aussen herniederfährt. Wir glauben auch dieses Element verwerthen zu dürfen. Der Gewinn, den wir dadurch machen, geht freilich z. Th. wieder verloren durch die zweite Ausnahme der Römer, die wohl oft zu Streitigkeiten Anlass geben wird. Wie dem auch sei, diese Fälle sind nicht vis major und gehören nicht, wie Dankwardt will, unter diese Kategorie.

Der enge Begriff der vis major, den wir angenommen haben, mag manchmal zu Unbilligkeiten

führen: aber wir meinen, dass mit diesem Begriff der Sinn der Bestimmung, dass der conductor im allgemeinen die Gefahr trägt, am besten erfasst ist. Er trägt alle Zufälle, nur nicht die zweifellos unabwendbaren, und Exners Definition giebt eben eine feste Norm, was als abwendbar und was als unabwendbar zu betrachten ist.

Der locator hat also principiell nur für das vertragsentsprechend hergestellte, vollendete Werk den Lohn zu bezahlen. Nur in zwei Ausnahmsfällen gewähren wir ihm auch Anspruch auf einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes. Hier drängt sich aber die Frage auf: ist nun der locator, wenn er für das halbvollendete Haus, das durch vis major eingestürzt ist, einen Theil des Lohnes bezahlt hat, und nun der Unternehmer ihm das Haus von neuem erbaut, ist er verpflichtet, daneben jetzt noch den vollen Lohn zu bezahlen? Bolze p. 104 wirft die Frage auf und verneint sie: er gewährt dem locator das Recht gegen Zahlung jenes theilweisen Lohnes vom Vertrag zurückzutreten. Arg. fr. 60 § 4 h. t.: Die Stelle handelt vom Rücktrittsrecht des locator bei zu geringem Kostenanschlag durch den conductor.[1] Wir sehen nun allerdings nicht recht ein, wie die Stelle ein Argument für das von Bolze behauptete Rücktrittsrecht sein soll.

[1] Die neue Erklärung Dankwardts, p. 322 Nr. 3: Der conductor sei in der Stelle gefragt: quanti aedificare velles, er antwortet: wie viel seine Impensen betrügen: mache also unaufgefordert einen Kostenanschlag, hat keinen genügenden Halt in dem Text.

Indess dasselbe entspricht so sehr der Natur der Sache, dass wir uns Bolze anschliessen zu dürfen glauben: man kann dem locator nicht zumuthen, zuerst für den untergegangenen Theil und dann daneben für das ganze Werk den vollen Lohn zu bezahlen, sondern entweder: er bezahlt nur die verhältnissmässige Entschädigung und tritt vom Vertrag zurück, oder er bezahlt dieselbe nicht, sondern nur den vollen Lohn.

§ 8.

Anmerkung: Wir haben bisher immer nur von der Verpflichtung des locator gesprochen, «den Lohn zu bezahlen»; der conductor braucht nun häufig zur Herstellung des Werks «Nebenmaterialien»; oft wird sie der locator ihm liefern; es widerspricht aber nicht dem Wesen der l. c. operis, dass conductor sie liefert: fr. 22. § 2 h. t. cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, — locatio est. Häufig wird die merces in Bausch und Bogen bestimmt: z. B. ich lasse ein Buch binden; die versprochene Pauschalsumme ist der Lohn, und der vor der Billigung erfolgende Untergang des Werks hat die bezeichneten Wirkungen. Aber auch, wenn die bezeichneten Materialien vom locator dem conductor besonders ersetzt werden sollen, wird jener auch bei Untergang des Werks vor seiner Vollendung die Nebenmaterialien, soweit sie bereits verwendet waren, zu ersetzen haben.

Wir wenden uns nun zu unserer zweiten Frage,

Welche Wirkung hat der vor Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks:

Capitel II.

Auf die Verpflichtung des conductor, das Werk herzustellen?.

Diese Frage ist mit der ersten von uns beantworteten keineswegs so innig verknüpft, dass wir nun sagen könnten: der conductor trägt in dem Sinn die Gefahr, dass er bei Untergang des Werks vor der Vollendung principiell keinen Lohn bekommt; «also trägt er die Gefahr auch in dem Sinn, dass er in jenem Fall das Werk von neuem herstellen muss.»

Die Fragen waren vielmehr vorläufig zu scheiden. Also z. B.: das halbgebaute Haus stürzt casu ein, muss der Baumeister es von neuem anfangen? das halbvollendete Oelgemälde geht in einem Brande unter, muss der Maler ein neues Bild anfangen? Das schon zugeschnittene Stück Tuch verbrennt beim Schneider, muss er mir etwa ein neues Stück bearbeiten oder mir etwa Schadenersatz leisten?

§ 9.

1. Die Quellen.

Zur Beantwortung der ersten Frage hatten wir einige Stellen, die positiv von Lohnanspruch, merces, vectura redeten, so fr. 15 § 6, 10 pr., 33 cit. Die ausserdem von uns benutzten Stellen fr. 36, 37, 59, 62 sagen bloss: das «periculum» ist für den conductor

oder den locator, und wir haben diesen Ausdruck bisher immer in dem Sinn verstanden: der locator muss den Lohn bezahlen, oder der conductor bekommt keinen Lohn. Für unsere zweite Frage haben wir keine Stelle, die positiv und unbestritten von dem Einfluss des Untergangs des Werks auf die Verpflichtung des conductor handelte: sondern die einen ziehen jene Stellen, die allgemein von periculum, detrimentum sprechen, hierher; andere verwerfen das; wieder andere wollen neue Quellenstellen darüber finden. — So bezieht z. B. Goldschmidt,[1] die zweite Hälfte des fr. 36 auf unsere Frage,[2] so auch Koch[3] fr. 59,[4] u. s. w. — Ferner will z. B. Goldschmidt l. c. fr. 10 § 1 de l. Rhod., fr. 11 § 3 h. t., fr. 13 § 1 h. t. hier verwenden; andere weisen sie zurück. — Aber auch

§ 10.

2. Die Literatur ist über diese Frage viel weniger ergiebig als über jene erste; viele Schriftsteller, deren Ansichten wir oben benützt haben, äussern sich über diese Frage gar nicht, oder gebrauchen dieselben vagen Ausdrücke wie die Quellen selbst: «Die Gefahr tragen, den Schaden tragen» u. dgl. Indessen auch hier lassen sich trotzdem verschiedene Gruppen vertretener Ansichten bilden:

---

[1] Zeitschr. für Handelsr., 16, p. 364.

[2] Dagegen Bolze, p. 106.

[3] Recht der Forderungen, III, p. 820.

[4] Dagegen Mommsen, I, p. 379 Nr. 14.

1. Die einen sprechen sich scharf dagegen aus, dass der conductor etwa verpflichtet sei, das untergegangene Werk um den einmal bedungenen Entgelt wiederherzustellen. So Puchta a. a. O.; besonders Goldschmidt l. c.: eine solche Haftungspflicht, sagt er, wäre exorbitant, und er findet sie verworfen in fr. 36 h. t., und den andern eben citirten Stellen. Auch Brinz[1] erklärt: «Die Haftung für Leistung der Arbeit ist nicht absolut zu verstehen, als ob der conductor aus was immer für Gründen die Leistung nicht erfolgt, schuldig würde; vielmehr haftet er für die Leistung grundsätzlich nur insoweit, als sie mit dem Aufgebot von Sorgfalt und Arbeit möglich ist.» (fr. 36 i. f.)

2. Weniger günstig für den conductor ist Bolze. Er beantwortet die beiden Fragen zusammen und unterscheidet also:

a. Die zu bearbeitende Sache des locator geht unter: der conductor ist von seiner Pflicht befreit, wenn die Ausführung des Werks unmöglich ist. «Freilich muss er eine andere oder ähnliche Sache des locator an Stelle der untergegangenen bearbeiten.»

b. Das Werk allein geht unter: seine Wiederherstellung ist möglich. Der conductor hat es principiell, wenn der Untergang vor der Approbation erfolgt, von neuem anzufangen. Nur wenn der Untergang durch höhere Gewalt oder durch einen von der Sache des locator ausgehenden Zufall erfolgt, ist er dazu nicht verpflichtet; selbst nicht, wenn der Besteller ihn für

[1] II, p. 766.

seine bis dahin gethane Arbeit entschädigt, sondern in diesem Fall hat er ein Rücktrittsrecht (p. 105).

3. Viel weiter geht Burchardi a. a. O. der ja, wie wir oben sahen, auf den Moment der Vollendung des Opus sieht: in direktem Gegensatz zur Ansicht 1 ist ihm, was Goldschmidt exorbitant findet, ganz natürlich (p. 134). «Wenn das Gewölbe einstürzt, bevor der Schlussstein eingesetzt ist, muss der Baumeister auf seine Kosten den Bau von vorne beginnen, ohne vom Bauherrn Ersatz beanspruchen zu können.»

Schroffer können sich die Ansichten nicht gegenüberstehen: es fragt sich:

§ 11.

3. Welche Stellung ist einzunehmen?

Burchardi gegenüber ist schon oben Stellung genommen worden. Die theoretische Begründung seiner Sätze haben wir zurückgewiesen: seine Argumentationen von dem Gattungskauf und der Ausscheidung der species aus dem genus sind für unsere Frage nichtbeweisend. Wir haben zwar oben Mommsen und ihm insoweit Recht gegeben, als auch wir dem conductor Anspruch auf Lohn gewährt haben, wenn der Untergang des Werks vor der Billigung, aber nach der Vollendung erfolgt, vorausgesetzt, dass es hätte gebilligt werden müssen; aber seine Quelleninterpretationen haben wir verworfen. Auch hier stützt sich Burchardi: auf fr. 36, 37, 62, fr. 59 eliminirt er in der oben bezeichneten Weise. Wollten wir nun auch annehmen, dass

diese Stellen hierher gehören, so würden wir doch in denselben das nicht finden, was Burchardi darin liest. Denn jene Gesetze können ohne Zwang nicht so verstanden werden, wie Burchardi will.

Kann uns vielleicht aber Goldschmidt befriedigen? Er stützt sich nicht auf jene Stellen; denn er ist der Ansicht, dass sie von der ersten Frage allein handeln. Geben wir ihm dies einmal zu, und prüfen wir die Quellenzeugnisse, die er sonst beibringt. In fr. 36 h. t. soll das si tamen vi majore u. s. w., locatoris periculo est, heissen, der locator habe keinen Anspruch auf neue Herstellung des Werks. Das wäre an sich nicht unmöglich und auch die Schlussworte der Stelle, auf welche ja auch Brinz das entscheidende Gewicht legt, sprechen nicht dagegen (wenn sie auch unserer Ansicht nach bloss die «vis major» kennzeichnen wollen); aber es ist auch hier schlechthin undenkbar, dass «locatoris est periculum» am Ende der Stelle in einem anderen Sinn gebraucht sei und von einer ganz anderen Frage rede, als «conductoris est periculum» am Anfang. Aber auch die anderen Stellen, die Goldschmidt für sich geltend macht, werden mit vollem Recht von Bolze a. a. O. p. 106 zurückgewiesen. Fr. 13 § 1 cit. redet bloss von der Haftung des conductor in Bezug auf die ihm zur Bearbeitung anvertraute Sache und sagt: si culpa caret, nont enetur. Fr. 10 § 1 de l. Rhod. cit. versagt auch nur die Schadenersatzklage gegen den Frachtführer, wenn dieser in bestimmten Fällen die ihm anvertrauten Waaren ohne Verschulden seinerseits auf ein anderes Schiff hat laden

müssen und dieses mit den Waaren untergegangen ist: auch diese Stelle handelt bloss von periculum rei; und fr. 11 § 3 cit. sagt auch nichts anders als: der Schiffer haftet auf Rückgabe der Waare, wenn er sie bei Streitigkeiten mit einem Dritten deponirt hat, es sei denn, dass er von culpa frei war — Aus all' diesen Stellen geht das nicht hervor, dass der conductor operis das periculum insofern nicht trage und durch den Untergang des Werks schlechthin befreit werde, Aus dem letzten Grunde Goldschmidts aber, die l. c. operis sei eine obligatio faciendi, geht es auch nicht hervor: wir haben schon oft hervorgehoben, dass die l. c. operis gerade keine obligatio faciendi in diesem Sinn sei, dass vielmehr der conductor dem Werkherrn bloss für den Arbeitserfolg einstehe.

Die Frage also: ob bei Untergang des Werks der Arbeiter befreit sei oder nicht, wird weder von Burchardi noch von Goldschmidt befriedigend gelöst. Die Lösung Dankwardts aber, welcher für die l. c. operis Befreiung des Arbeiters durch Untergang des Werks behauptet, weil er sich nur zu einem bestimmten Quantum Arbeit verpflichtet habe, also unter keinen Umständen verpflichtet, sei, das Opus wieder anzufangen d. h. mehr Arbeit zu leisten — der dagegen für das, was er Entreprise nennt, den Arbeiter schlechthin für das Resultat einstehen lässt, kann auch nicht genügen: sie fällt hin mit dieser Eintheilung, welche zwar alle Verwirrung auf unserm Gebiet beseitigen soll, aber ohne Anhaltspunkt in den Quellen ist. — Prüfen wir also die Ansicht Bolze's, der auch

zur Beantwortung dieser Frage seine Unterscheidung macht zwischen Zufall der die Sache, und Zufall, der bloss das Werk vernichtet. Wir haben oben das Urtheil Bolze's, wonach im ersten Fall der conductor den vollen Lohn bekommen soll, verworfen. Der Eintheilung liegt aber trotzdem ein richtiger Gedanke, den wir verwerthen können, zu Grunde: wenn nämlich die Sache untergeht, ist die Herstellung des Opus unmöglich; geht bloss das Werk unter, so wird jene Wiederherstellung regelmässig noch möglich sein. Ist nun die Wiederherstellung des Werks unmöglich, dann kann — das bestreitet Niemand, selbst Burchardi nicht — von Interesseleistung Seitens des conductor natürlich keine Rede sein. Zu der Ansicht Bolze's, wonach der locator das Recht haben soll, von conductor Herstellung desselben Erfolges an einer ähnlichen Sache zu verlangen, haben wir schon oben dahin Stellung genommen, dass eine solche Verpflichtung uns durch fr. 60 pr. h. t. nicht genügend begründet erscheine. Der conductor hat sich verpflichtet, ein Opus an dieser Sache herzustellen und nicht an einer anderen. Die Ansicht Bolze's ist aber ein nothwendiges Correctiv zu seiner anderen Behauptung, die dem conductor in diesem Fall den vollen Lohn gewährt. Unserer Ansicht nach ist der conductor, dem die Herstellung des Opus durch Untergang der Sache unmöglich wird, einfach seiner Verbindlichkeit entbunden. Die grosse Frage aber ist: ist er auch dann frei, wenn die Wiederherstellung des Opus noch möglich ist? und diese Frage wird von Bolze gegen Goldschmidt principiell verneint.

Fragen wir einmal ganz abgesehen von allen Zeugnissen, welche von beiden Antworten mehr dem Wesen der l. c. operis entspricht, so antworten auch wir, unbedenklich: nein, principiell ist er nicht befreit. Der conductor hat dem locator einen oekonomischen Erfolg zu leisten: er verspricht ihm nicht, so und so lange zu arbeiten, sich mehr oder weniger Mühe zu geben: sondern ein fertiges Werk. Unmögliches soll er natürlich nicht fertig bringen; aber so lange es noch möglich ist, den Erfolg herzustellen, dauert die Verpflichtung des conductor fort. Das ist nicht das Wesen eines besonderen Vertrages, einer «Entreprise» im Dankwardt'schen Sinn, sondern es liegt im Begriff der einfachen l. c. operis. Der Baumeister dem das angefangene Haus einstürzt, hat es principiell von neuem zu beginnen, bis er den Erfolg erreicht. Wie es aber einen Moment giebt, von dem ab der conductor ein erworbenes Recht auf die merces hat, so muss es auch hier einen Zeitpunkt geben, von dem ab der conductor auch in unserem jetzigen Sinn die Gefahr nicht mehr trägt, sondern den locator mit der Antwort bescheiden kann: ich habe meine Verpflichtung erfüllt. Und dieser Moment ist hier wie dort der der Vollendung, nicht, wie Bolze will, der der Billigung: es genügt, dass die Billigung mit Grund nicht hätte verweigert werden können.

Das ist das Princip, welches die Natur der Sache an die Hand giebt. Ist es nun vielleicht auch in den Quellen vertreten? und sind vielleicht auch hier Ausnahmen von denselben anzuerkennen?

Die allgemein herrschende Ansicht deducirt aus fr. 36, 37, 59, 62 bloss die Sätze über die Lohnzahlungspflicht des locator.[1] Ein Grund wird gewöhnlich nich angegeben. v. Wyss[2] begründet es so: periculum est in jenen Stellen bezeichnet das Tragen der Gefahr «des eigenen Geschäfts». Die Herstellung des Werks durch den conductor ist nämlich ein «fremdes Geschäft»: denn er arbeitet für den locator; aber auch ein «eigenes»: denn er hat Lohn zu empfangen; und bei solchen Geschäften, die sowohl fremde als eigene sind, liegt es näher bei der praestatio periculi an das periculum des eigenen Geschäfts zu denken: an die Gefahr keinen Lohn zu bekommen. Infolge dessen reden die Stellen nicht von der positiven Haftpflicht des conductor, sondern negativ vom Verlust eigener Ansprüche. Diese Deduction verstehen wir nicht: in diesem Sinn ist jeder zweiseitige Vertrag ein Gemisch von fremdem und eigenem Geschäft; jene Unterscheidung löst einfach den Vertrag auf in die Berechtigungen: in dieser Hinsicht ist er ein eigenes, und in die Verpflichtungen: in dieser Hinsicht ist er ein fremdes Geschäft. Und v. Wyss sagt nichts anderes als: beim Ausdruck periculum liegt es näher an die Gefahr zu denken, dass die Berechtigung sich nicht realisirt, als an diejenige, dass die Verpflichtung nicht erfüllt wird. Warum es näher liegt, wird nicht gesagt? und Bechmann[3] frägt unserer Ansicht nach mit

---

[1] Z. B. Windscheid, § 401.
[2] a. a. O., p. 96—98.
[3] In Krit. Vierteljahrsschr., X, p. 326.

Recht: «ist nicht auch die Annahme möglich, ja liegt sie nicht nach der Natur des Consensualcontracts sogar viel näher, dass conductor trotz des durch eigene oder fremde Schuld misslungenen Opus dem locator verhaftet bleibt auf Lieferung, also von vorn anfangen muss? wo steht in jenen Stellen, dass diese Annahme ausgeschlossen ist?» Auch Mommsen, der I p. 240, 241 das «periculum est» vom Schuldner gesagt auf beide Fragen bezieht, sagt wiederum III p. 424: «im allgemeinen denke man dabei nicht so sehr an die Pflicht zur Entschädigung als an den Verlust des Rechts auf «Gegenleistung».

Auch hier warum?

Von der Frage: was heisst: «periculum est» im allgemeinen können wir hier absehen, was heisst es aber in den für uns entscheidenden Stellen? Da jene Ausdrucksweise in den allerverschiedensten Bedeutungen vorkommt, da sie, wie wir sahen, bald periculum culpae, bald periculum casus bezeichnet, so wäre es ja möglich, dass sie bloss die Gefahr meinte, die dem conductor droht, keinen Lohn zu bekommen, oder dem locator, Lohn bezahlen zu müssen. Aber weshalb nur diese eine Seite des Vertrags? wir suchen in der That vergebens nach einem Grund: weshalb es bloss «negativ den Verlust eigener Ansprüche» bezeichnet? Es ist ein periculum, ein detrimentum, wenn man für gethane Arbeit und gemachte Auslagen nicht entschädigt wird; ist es aber nicht gerade so gut eine «Gefahr», ein «Schade», wenn man trotz der bis dahin gethanen Arbeit seiner Verbindlichkeit, dieselbe zu

leisten, nicht entbunden wird? Und warum soll das bloss eine Gefahr sein, dass man sein Geld ohne Aequivalent hergeben muss, und nicht gerade so gut auch das, dass man seinen Anspruch auf die Leistung verliert?

Wir glauben deshalb, insbesondere mit Bolze annehmen zu dürfen, dass «periculum, detrimentum est» in unseren Stellen im umfassenden Sinn gebraucht ist, und auf die beiden Fragen, die wir bisher getrennt haben, zugleich antwortet. Was folgt dann daraus? Der conductor hat seine Schuldigkeit erst dann gethan, und erst dann, aber auch schon dann ist er seiner Verbindlichkeit entbunden, wenn er ein solches Werk fertig hergestellt hat, dass der locator billigen müsste: bis dahin trägt er die Gefahr: d. h. wenn das Werk vorher untergeht, muss er es um den bedungenen, einen Lohn von neuem beginnen. Das steht in fr. 36 und 37.[1] — Unser Princip — das folgt nun weiter — wird auch hier nicht ausnahmslos durchgeführt. Sondern in denselben Ausnahmefällen, wo der conductor für seine theilweise geleistete Arbeit Lohn bekommt, ist er auch von seiner Pflicht, das Werk herzustellen, be-

[1] Man hat diesen Satz schon in fr. 15 de V. O. (45. 1) finden wollen. Mit Recht weist aber Goldschmidt, p. 363, Note 5a das zurück: die Stelle handelt von einer Stipulation auf domum aedificare und fragt: si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam an reliquum dumtaxat expectandum, quod deerat, sie fragt also bloss nach der Frist, die der Baumeister hat und entscheidet: et verius est, ut integrum ei detur; er hat die volle Frist.

freit: das detrimentum, das periculum trägt in diesen Fällen auch hier der locator; wenn auch die Herstellung noch möglich ist, kann er sie doch nicht verlangen, denn die vis major und den Zufall, der von der Sache des locator ausgeht, braucht der conductor nicht zu tragen. Mit Recht gewährt daher Bolze p. 104 in diesen Fällen auch ihm ein Rücktrittsrecht: er braucht nicht einmal dann das Werk von neuem herzustellen, wenn der locator ihm neben dem theilweisen Lohn, den er ihm schuldet, noch den vollen Lohn anbietet. Den Grund freilich, mit dem Bolze diese Ausnahmen erklärt «sonst hätte ja der Arbeiter ein grösseres Arbeitsquantum zu leisten, als zu welchem er verpflichtet sei» halten wir nicht für zutreffend. Das zur Wiederherstellung des Hauses erforderliche Arbeitsquantum ist doch dasselbe, mag es durch den Blitz oder durch eine Feuersbrunst, die nicht unter den Begriff der vis major fällt, zerstört worden sein, sondern die bezeichneten Ausnahmen erklären sich einfach aus Billigkeitsrücksichten.

Das Resultat, zu dem wir also gelangen, ist: der vor der Billigung zufällig erfolgte Untergang des Werks hat auf die Verpflichtungen des Contrahenten ff. Wirkung:

1. Der conductor ist, wenn das Werk zur Zeit seines Untergangs vertragsmässig fertig hergestellt war, nicht verpflichtet, dem locator Ersatz zu leisten, oder es von neuem anzufangen — war es nicht vollendet, so hat er es, wenn das möglich ist, von neuem anzufangen, es sei denn, dass der Untergang durch vis

major oder in Folge der vom locator gelieferten Sache erfolgte: in diesen Fällen darf er vom Vertrag zurücktreten.

2. Der locator ist, wenn der Untergang des vertragsentsprechenden Werks nach Vollendung desselben erfolgt, verpflichtet den Lohn zu bezahlen; bei Untergang vor der Vollendung principiell nicht; nur wenn derselbe durch vis major oder einen von seiner Sache ausgehenden Zufall erfolgt, hat er einen nur verhältnissmässigen Theil des Lohnes zu bezahlen, darf aber gegen Bezahlung dieser Entschädigung vom Vertrag zurücktreten.

§ 12.

Anhang: Der Beweis.

Es ist selbstverständlich, dass der conductor, der den Lohn verlangt, beweisen muss, dass das Werk ohne irgend ein Verschulden seinerseits untergegangen sei; sind die Parteien darüber einig, dass er durch Zufall erfolgte, so hat der Richter zu ermessen, ob derselbe als vis major zu betrachten sei oder nicht; der conductor hat aber eventuell zu beweisen, dass der Zufall von der zu bearbeitenden Sache des locator ausging. Der locator wird nun aber häufig behaupten, das Werk sei nicht vertragsentsprechend gewesen, so dass er es nicht hätte anzunehmen brauchen, wenn es auch nicht durch seine Fehlerhaftigkeit untergegangen sei. Mag nun das Werk vollendet gewesen sein oder nicht, mag es durch vis major oder jenen Zufall untergegangen sein, der Lohnanspruch des conductor ist

immer dadurch bedingt, dass das Werk so war, dass locator es hätte billigen müssen. Wer muss nun letzteres beweisen? Puchta (Vorles. § 367, 2 c), Weiske (Rechtslex. VII p. 820), Mommsen (I p. 377) u. a. legen dem conductor den Beweis auf, dass das Werk hätte gebilligt werden müssen. Andere aber anders: Pothier, Louage d'ouvrage, Ch. III Nr. 434 sagt: «c'est au locateur qui refuse de payer le prix à justifier que l'ouvrage qui est péri par un ouragan, un tremblement de terre ou autre force majeure, était un ouvrage défectueux et non recevable». Auch Windscheid in jener Zeitschrift p. 140 ist derselben Ansicht, weil jener Beweis des conductors objectiv zu führen unmöglich sei: Quid juris? Die Römer haben die Gefahr schon mit der Vollendung des Werks und nicht erst mit der Billigung durch den locator übergehen lassen, vorausgesetzt, dass das Opus so war, dass locator es hätte billigen müssen; und in einigen Ausnahmsfällen sogar schon vor der Vollendung, aber immer unter derselben Voraussetzung. Diese thatsächliche Voraussetzung seiner Ansprüche muss nun conductor zweiffellos beweisen. Ist aber der Beweis wirklich unmöglich? Die Fälle, wo man aus einem solchen Grunde die Beweislast anders vertheilt als nach den allgemeinen Grundsätzen sind nicht so selten: so wird beim Kauf nach Probe regelmässig dem Käufer der Beweis der Nichtprobemässigkeit der Waare auferlegt, während der Verkäufer principiell beweisen müsste, dass sie der Probe entspreche. Wollen wir nun dem conductor auch diese Begünstigung ge-

währen? Nein, der Beweis, den er zu führen hat, mag schwierig sein; aber nach Preesumptionen vertheilt sich die Beweislast nicht, und es liegt gar kein Grund vor, zu praesumiren, dass das Werk vertragsentsprechend war: unserer Ansicht nach hat der conductor den Beweis zu führen, entsprechend dem Grundsatz, der ihm die Gefahrtragung auferlegt.

Wir wenden uns nunmehr zur zweiten Frage, die wir aufgeworfen haben:

ZWEITER ABSCHNITT.

Welche Wirkung hat der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen des Contrahenden, wenn conductor das periculum rei trägt?

§ 13.

Inhalt und Umfang der Frage.

Wir haben darzustellen versucht, welche Wirkung dieser Untergang bei der l. c. operis regularis ausübt d. h. in dem Fall, wo der Besteller dem Arbeiter die bestimmte Sache liefert, an der dieser das Arbeitsresultat hervorbringen soll. Völlig anders natürlich wirkt der Untergang des Werks beim Kauf einer anzufertigenden Sache: mag dieselbe specifisch oder generisch bestimmt sein: im ersten Fall geht die Gefahr

nicht schon mit der Vollendung über, wie Mommsen wollte, sondern erst mit der Billigung, denn der Vertrag ist unter der Bedingung der Billigung geschlossen (Windscheid p. 141); viel schärfer aber ist der Unterschied beim Kauf einer aus generisch bestimmten Material anzufertigenden Sache: hier hat der Verkäufer seine Verbindlichkeit bloss dann erfüllt, wenn er eine so und so bearbeitete Sache dem Käufer tradirt: die Vollendung der Arbeit hat hier gar keine Bedeutung; denn der Arbeiter braucht gar nicht mit dieser vollendeten Sache, sondern er kann auch jetzt noch mit einer andern vertragsentsprechenden erfüllen.

Zwischen diesen zwei Extremen, wo derjenige, der die bearbeitete Sache will, die zu bearbeitende Sache dem Arbeiter giebt (gewöhnliche l. c. operis) oder sie nicht hingiebt (Kauf), giebt es einen Fall: er kann nämlich eine zu bearbeitende Masse vertretbarer Sachen geben, ohne dass es ihm gerade darauf ankommt, dass diese Sachen bearbeitet werden, sondern bloss darauf dass tantundem ejusdem qualitatis verwendet werde. Man nennt dieses Geschäft gewöhnlich locatio conductio irregularis. Ueber die Natur derselben herrscht aber Streit. Die einen sehen hier ein gemischtes Geschäft: gemischt aus locatio conductio und Darlehn,[1] oder aus locatio conductio und Tausch.[2] Dankwardt[3] be-

---

[1] Z. B. Mackeldey. § 381 N. 1.

[2] Sell im Arch. f. civ. Praxis 19, p. 324, Windscheid, § 401, N. 12 u. a.

[3] a. a. O., p. 358.

hauptet, es seien zwei Geschäfte nebeneinander (ein creditum und eine gewöhnliche locatio conductio operis) — die andern meinen es sei ein Geschäft, so besonders Cujaz[1], «locatio conductio potius est, ex qua dominium mutatur» und auch Bynkershoek[2]. Wie dem auch sei, es ist klar, worin das in Rede stehende Geschäft sich von den anderen bisher von uns betrachteten Fällen der locat. conductio operis unterscheidet: es kommt dem Besteller nicht darauf an, dass gerade seine Sachen verarbeitet werden: z. B. ich gebe einem einige Zwanzigmarkstücke, damit er mir einen Becher mache. Welche Wirkung hat nun hier der vor der Billigung zufällig erfolgte Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenten? Ist der conductor verpflichtet, das Werk an einem neuen Quantum derselben Art von Sachen herzustellen? ist der locator verpflichtet den Lohn zu bezahlen? diese Fragen sind einfach zu beantworten: denn entweder trägt bei einem solchen Geschäft der conductor das periculum rei, die Gefahr der zu bearbeitenden Sache, dann lautet die Antwort auf jene Frage wie beim Kauf einer generisch bestimmten anzufertigenden Sache: das periculum operis geht über erst mit der Ablieferung an den locator und vorher nie — oder: der locator trägt das periculum rei, dann antworten wir auf die Frage wie bei der gewöhnlichen l. c. operis. Die Frage aber, ob in einem solchen Fall der conductor das

[1] Observ. VII, c. 40 med.

[2] Observ. jur. Lib. VIII, c. 4.

periculum rei trage, ist bestritten, und wir haben daher eine Stellung zu ihr zu nehmen.

§ 14.

1. Die Quellen.

Von dieser l. c. irregularis handeln zwei berühmte Stellen: fr. 31 h. t. und fr. 34 pr. de auro (34.2)

fr. 31: mehrere schütten ihr Getreide zum Transport in einem Schiff zusammen. Der Transportführer liefert einem unter ihnen sein Quantum vom Getreidehaufen ab: das Schiff geht mit dem Rest unter: können die übrigen den Transportführer mit der «actio oneris aversi» (?) belangen? respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut ejusdem generis redderetur (veluti cum argentum . . . fabro daretur, ut vasa fierent . . .): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri . . . secundum quae videri triticum factum Saufeji et recte datum. Quod si separatum tabulis . . . . unius cujusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cujusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cujus fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. Und deshalb verwirft der Jurist die actio oneris aversi quia,

1. Sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum quippe quod nautae fuisset; sive

2. eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori . . . und fügt dann hinzu: sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re quae utriusque causa contraheretur, cuipam deberi) u. s. w.

fr. 34: jemand hat «aurum suum omne» seiner Ehefrau vermacht: gehört auch das Gold dazu, das er dem Goldarbeiter zum Bearbeiten hingegeben hat? Quintus Mucius sagte nein, Pomponius:

1. falsum est: si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret, nam, tunc licet apud aurificem sit, dominium tamen non mutavit u. s. w.

2. quod siamum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum sed ex alio, tum quatenus dominium transit ejus auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem.

§ 15.

2. Die Ansichten.

2. An diese zwei Stellen knüpft die Streitfrage an: trägt conductor das periculum rei?

1. Eine Ansicht sagt: nein. Schon Mühlenbruch[1] sagt: «Die Gefahr der Sache trifft den conductor selbst dann nicht, wenn ihm eine Quantität fungibler Sachen unter der Bedingung übergeben ist, dass er nur ebensoviel aus der

[1] II, § 414 bei Note 5.

nämlichen Gattung an den Bestimmungsart abliefern dürfe.» Auch Sintenis[1] ist dieser Ansicht, «weil conductor das Eigenthum nicht nur im eigenen Interesse erwirbt, sondern wegen des Geschäfts mit dem, von dem es ihm als übertragen anzusehen ist.» Namentlich aber und am ausführlichsten vertritt diese Auffassung Buchholtz.[2] Seiner Ansicht nach geht bei einem solchen Geschäft principiell das Eigenthum nicht über, es könne aber übergehen: in fr. 31 gehe es über durch das Zusammenschütten, die commixtio seitens der Befrachter — in fr. 34 gehe es möglicherweise über: nämlich dann, wenn der Arbeiter weder das fremde Gold allein noch das eigene allein, sondern wenn er von beiden zusammen verarbeite: deshalb heisse es quatenus dominium, statt transit liest er transiit und streicht das et. Wenn nun auch möglicherweise Eigenthum übergehe, so trage der Empfänger doch nicht die Gefahr, denn: si ita datum esset, ut in simili re solvi posset, culpam dumtaxat praestare (fr. 31). Der Eigenthümer gewordene conductor hafte doch bloss für diligentia, nicht für casus, und Buchholtz giebt eine Reihe von Beispielen, in denen der Eigenthümer die Gefahr der Sache nicht trägt: z. B. der Verkäufer, der die verkaufte Sache noch nicht tradirt hat.

2. die herrschende Ansicht dagegen lässt in einem solchen Fall Eigenthum und Gefahr übergehen, manche fügen hinzu: wenn die Parteiabsicht darauf gerichtet

---

[1] II, § 118 N. 21.

[2] a. a. O., p. 8 ff.

war. Vgl. z. B. Donellus:[1] «res ita datae periculo sunt accipientis, quocumque casu perierunt, ipse autem (conductor) de his ut suis potest pro arbitrio statuere et alias reddere, ubi actum est.» So auch fasst alle Pandektisten: von Glück bis zu Dankwardt, nicht ohne kleine Verschiedenheiten. Wie will man aber «quatemus» dominium transit in fr. 34 erklären? Windscheid, dem sich Dankwardt, anschliesst, will «protinus» lesen: so braucht man nicht «transit» in transiit zu ändern und das «et» kann stehen bleiben.

§ 16.

3. Stellungnahme.

Damit ist unsere Stellung schon bezeichnet. Die Ansicht der Juristen, welche meinen, der conductor trage auch hier principiell das periculum rei nicht, ruht offenbar auf einem Missverständniss der Quellen. Es giebt natürlich Fälle, wo der Eigenthümer die Gefahr nicht trägt; Fr. 34 redet bloss vom Eigenthum; fr. 31 aber handelt vom Uebergang des Eigenthums und der Gefahr: das ist der Sinn des «in creditum ire». Zur Beantwortung der Frage verweist fr. 31 auf die Parteiabsicht: es sind nämlich zunächst zwei Fälle möglich: entweder ist verabredet worden, dass die Sache in das Eigenthum des conductor übergehen solle und der locator in creditum iret: d. h. dieser soll creditor, jener debitor generis werden: letzterer trägt die Gefahr

[1] l. c. § 13 med.

— oder: der Erfolg soll eben an dieser Sache hergestellt werden; dann ist alles wie gewöhnlich und nun fährt die Stelle fort: sed si ita datum esset, ut in simili re solvi posset, conductorem culpam dumtaxat debere? Buchholtz nimmt an, dass dieser Satz wieder von jenem ersten Fall handle: dass also conductor dort bloss für culpa hafte. Das ist aber irrig, sondern die Stelle redet, wie schon Puchta, Vorl. § 365 und Bring, 1. Aufl. p. 440 betonen, von einem dritten Fall. Es ist nämlich nicht nothwendig, dass bei einer solchen Hingabe von Fungibilien die Absicht auf Eigenthums- und Gefahrübergang gehe, sondern es ist auch möglich, dass dem conductor bloss das Recht gegeben wird, wenn er will, seine Verbindlichkeit an einer andern Quantität derselben Qualität zu erfüllen: so dass also die bestimmte hingegebene Menge in obligatione, und eine andere in solutione ist. Es ist also eine gewöhnliche l. c. operis mit einem Nebenvertrag und «Eigenthum und Gefahr geht dann über, wenn der Fabrikant ausdrücklich oder stillschweigend seinen Willen erklärt hat, vom Nebenvertrag Gebrauch zu machen.»[1] Mommsen[2] erklärt jenen Passus der Stelle anders: Der Schiffer trage nicht die Gefahr, brauche aber den einzelnen Befrachtern nicht gerade ihre Körner zurückzugeben, sondern bloss jedem sein Antheil.

Wir halten die Erklärung Dankwardt's für richtig: denn so gewinnen die Worte: nam in re, quae

---

[1] Dankwardt, a. a. O.

[2] I, p. 285 N. 27.

utriusque cauta contraheretur, culpam deberi, einen besseren Sinn: das Geschäft ist dann utriusque causa contractum: nicht bloss locatoris causa, sondern dem conductor ist das Recht eingeräumt, diese Sache, oder andere zu bearbeiten.

Es kommt also hier alles auf die Parteiabsicht an. Dieselbe kann den conductor völlig in die Lage des debitor generis versetzen wollen und dann wird dieses durch keinen Uebergang des Werks von seiner Verbindlichkeit entbunden und er hat nur Anspruch auf Lohn, wenn er das Werk abliefert. Es fragt sich: wie in dubio? In dubio wird man mit Mommsen nnd Dankwardt a. a. OO. annehmen müssen, dass Eigenthum und Gefahr nicht übergehen, wenigstens bei Transporten; bei Verarbeitungen dagegen in dubio wohl, zumal, wenn «der Besteller nicht das geringste Interesse daran hat, dass gerade seine Sachen bearbeitet werden».

In diesem Falle gelten also die Regeln des Gattungskaufes — in jenem die oben von uns für die gewöhnliche l. c. operis entwickelten Grundsätze.

§ 17.

Wir haben nun die Wirkungen untersucht, die der vor der Billigung zufällig erfolgende Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenten ausübt: sowohl für den Normalfall, wo der Unternehmer den Arbeitserfolg gerade an dieser Sache des Werkverdingers herstellen soll, wo er das periculum rei nicht trägt: hier trägt er principiell das periculum

operis, bis er ein fertiges Werk hergestellt hat, welches gebilligt werden müsste, mit Ausnahmen — als auch für den Fall, wo er nach der Parteiabsicht auch das periculum rei übernimmt: dann trägt er das periculum rei und das periculum operis bis zur Ablieferung an den Besteller.

Zum Schluss wollen wir einen Blick in die Zukunft werfen und mit einigen Worten die Stellung, welche der «Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches» zu unseren Fragen eingenommen hat, untersuchen.

Ueber die eben zuletzt von uns berührten Fälle der loc. cond. irregularis enthält — das bemerken wir zunächst — der Entwurf nichts; die Motive[1] erklären, dass man sich entschlossen habe, diese Fälle einfach zu übergehen. «Häufig meinen die Motive, wird in solchen Fällen eine Veräusserung des Stoffs an den Unternehmer liegen, und folgerecht das Werk als verkauft zu betrachten sein.» Für den Fall aber: si ita datum est, ut in simili re solvi possit, verweisen die Motive auf die «Umstände des gegebenen Falls».

Auch die von uns oben im 2. Cap. des Ersten Abschnitts erörterte Frage, ob bei Untergang des Werks vor der Billigung der conductor zur neuen Ausführung oder Wiederherstellung desselben verpflichtet sei, will der Entwurf nicht entscheiden[2] «weil dieselbe bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Fälle eine all-

---

[1] II, p. 477.

[2] Mot. II, p. 498.

gemeine Entscheidung durch das Gesetz überhaupt nicht zulasse.»

Der Entwurf will vielmehr nur die erste Frage beantworten, ob der locator verpflichtet sei, den Lohn zu bezahlen: und er sagt: § 576: Der Uebernehmer trägt bis zur Abnahme des Werks die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der von ihm zur Herstellung des Werks beschafften Stoffe. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht auf ihn die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des Werks über.

§ 577: ist das Werk vor der Abnahme in Folge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge der von dem Besteller ertheilten Anweisungen ohne Mitwirkung eines von dem Besteller oder dem Unternehmer zu vertretenden Umstandes untergegangen, oder unausführbar geworden, so hat der Uebernehmer Anspruch auf einen solchen Theil der Gegenleistung, der den von ihm geleisteten Arbeiten entspricht: ausserdem hat er Anspruch auf Ersatz der Auslagen, soweit diese noch neben der Gegenleistung zu vergüten sind.

§ 579: bestimmt, dass beim Vertrag, der nicht die Herstellung oder Aenderung einer Sache, sondern einen anderweiten durch Arbeits- oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstand habe, an Stelle der Abnahme, sofern diese nach den Umständen ausgeschlossen sei, die Vollendung der Leistung trete.

Der Entwurf beantwortet also die so bestrittene Frage, die uns beschäftigt hat, im Anschluss an das

preussische, oesterreichische und französische (cod. civ. art. 1790) Recht im Sinn der strengen Ansicht, wonach der conductor die Gefahr bis zur Uebernahme (Ablieferung, Gutheissung) trägt. Der Entwurf fasst die Werkverdingung — in scharfem Gegensatz zum Dienstvertrag — als Vertrag über Leistung eines Arbeitsproduktes auf[1]: er verwirft daher jene verbreitete Ansicht, wonach jedem vertragsmässig hergestellten Theil des Werks ein entsprechender Theil der Lohnes gegenübersteht: wie auch kein neues Gesetzbuch diese Ansicht gebilligt hat. Er verwirft aber auch die Ansicht, die wir zu vertreten versucht haben, wonach er den Anspruch hat, schon wenn das Werk vollendet war und conductor beweist, dass es hätte gebilligt werden müssen. Die Motive betonen, dass die Irrigkeit dieser unserer Auffassung sich aus dem Wesen des Werkvertrags und den allgemeinen Grundsätzen beweisen lasse (ohne zu sagen wie). Der Entwurf will vielmehr jener ersten Ansicht Recht geben. Die Folgen des Verzuges normirt er entsprechend der Regel unseres fr. 36. Er macht aber nicht jene Ausnahme für den durch vis major erfolgenden Untergang; wohl aber die zweite Ausnahme, die wir auch für das römische Recht vindicirt haben: bei Untergang in Folge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes: in diesem Fall gewährt er dem conductor Anspruch auf einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes, und eventuell auch auf Ersatz der Auslagen. Er verwirft also die

[1] § 567 und Motive dazu.

Ansichten, die dem conductor Anspruch auf den vollen Lohn nach Abzug der ersparten Auslagen u. s. w. giebt. Einen solchen Anspruch kennt er überhaupt nicht, auch nicht in dem Fall, wo das Werk wegen Untergangs der zu bearbeitenden Sache unmöglich wird; vielmehr gewährt § 578 auch bei Unausführbarkeit des Werks aus einem jener Gründe auch nur theilweisen Lohn.[1] Der Entwurf begünstigt also den conductor viel weniger als unserer Ansicht nach das römische Recht. Wenn nun künftig ein Baumeister das bestellte Haus ganz fertig hergestellt hat, und ein furchtbarer Blitzstrahl es zerstört, so bekommt der Mann keinen Pfennig Lohn. Ist das nicht der Billigkeit zuwider, und heisst das nicht der Consequenz des Begriffs zu liebe berechtigte Interessen doch zu wenig berücksichtigen? — Derselbe Baumeister hat ein Haus eben erst angefangen, die Mauern ragen kaum über den Boden hervor und stürzen weder operis noch soli vitio zusammen: muss er noch einmal anfangen? Der Entwurf lässt im Stich und verweist auf den concreten Fall: woher soll aber der Richter die Entscheidung nehmen? Und ferner: ist der locator, wenn er nach § 577 theilweisen Lohn zu zahlen hat, verpflichtet, daneben noch das ganze Werk um den vollen Lohn anzunehmen?

Der Entwurf entscheidet also manchen streitigen Punkt, dem wir begegnet sind, er giebt namentlich einen richtigen Begriff der Werkverdingung, aber auch

---

[1] Mot. II, p. 501 β.

wenn diese Bestimmungen Gesetzeskraft erlangen, wird sich trotzdem der Richter noch mit vielen der gemeinrechtlichen Controversen befassen müssen, und sich auch wohl manchmal zweifelnd fragen, ob nicht die Grundsätze des alten Rechts, wie wir sie darzustellen versucht haben, den Anforderungen der Logik und der Billigkeit doch vielleicht eher entsprachen.